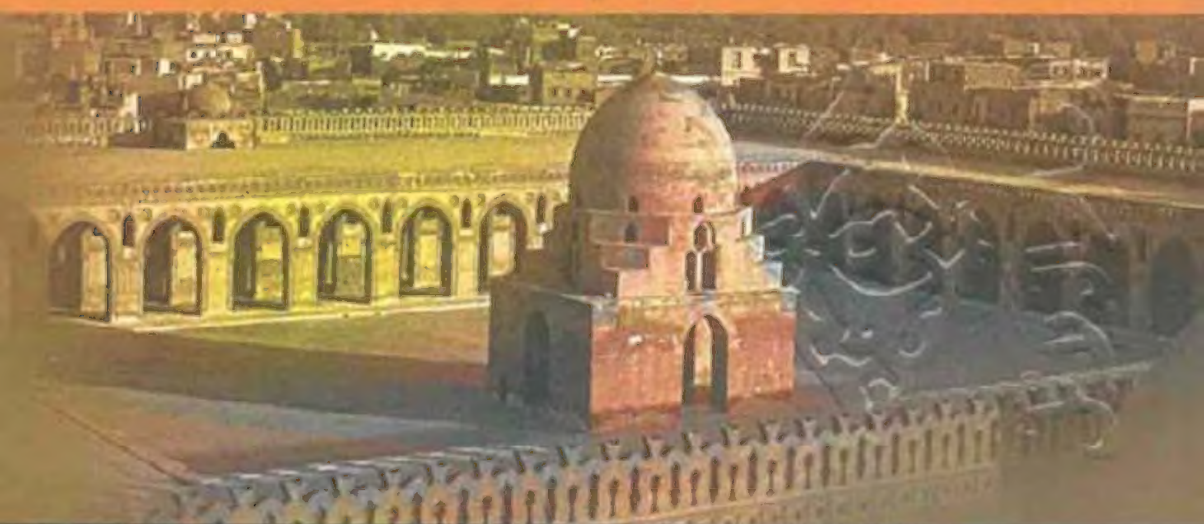




إيضاح الدلائل في

رفيع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

الفرق بين المسائل



تأليف

المفتي شرف الدين أبو محمد عبد الرحمن بن عبد الله بن محمد

الزهرافي البغدادي

المتوفى ٧٤١ هـ



تقديم

محمد حسنة محمد حسنة الشافعي

مستشار

محمد دحمان بن جعفر

لشركت الشريعة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

إيضاح الدلائل

في

الفرق بين المسائل

تأليف

الشيخ شرف الدين أبي محمد عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد

الزريق البغدادي

المتوفى ٧٤١ هـ

تحقيقه

محمد حسنة محمد حسنة السامح

مستورات

محمد رجاوي بيروت

لنشر كتب السنة والحكمة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

تسغورات بح ركوت بروت



دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved

Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة لتضيد الكتاب كاملاً أو
مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated,
reproduced, distributed in any form or by any means,
or stored in a data base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction
même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite
sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite
et exposerait le contrevenant à des poursuites
judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٣ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رمل الخليفة - شارع البحتري - بناية ملككارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ١١/١٢/١٣ / ٨٠٤٨١٠ / ٥ (٩٦١)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beirut - Lebanon

Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor

Head office

Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.

Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beyrouth - Liban

Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage

Administration général

Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

B.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3926-6



9 782745 139269

<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس



المقدمة
ترجمة المصنف

هو عبد الرحيم بن عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن إسماعيل الزريراني،
البغدادى، شرف الدين، أبو محمد.
والزريراني نسبة إلى بلدة زريان.

ولد ببغداد سنة [٧١١هـ]، وتلقى أول ما تلقاه ببغداد العامرة وقت ذلك بالفقه،
والأصول، والحديث، واللغة، وغيرها، فحفظ المحور، ورحل إلى دمشق حيث
التقى بالحافظ الذهبي، وسمع الحديث من زينب بنت الكمال، وجماعة من أصحاب
ابن عبد الدائم، وخطيب مرداء، وغيرهم.

ومن شيوخه

والده الشيخ تقي الدين أبو بكر عبد الله بن محمد الزريراني [٧٢٩هـ]، والشيخ
يحيى بن يوسف المقدسي المصري [٧٣٧هـ]، والشيخ صفى الدين عبد المؤمن بن
عبد الحق القطيعي البغدادى [٧٣٩هـ]، والشيخ أبو حيان محمد بن يوسف بن علي
ابن يوسف بن حيان الأندلسي [٧٤٥هـ].

له مؤلفات، منها: اختصار كتاب المطلع على أبواب المقنع [بتحقيقنا]،
ومنها: اختصار كتاب طبقات الحنابلة للقاضي أبي يعلى، ومنها: إيضاح الدلائل في
الفرق بين المسائل، وهو كتابنا، وغيرها.

توفي رحمه الله سنة [٧٤١هـ]، وقد عاش ثلاثين سنة تقريباً، ودفن عند والده
بمقبرة الإمام أحمد ببغداد^(١).

(١) انظر ترجمته في: شذرات الذهب (١٣٠/٦)، ذيل طبقات الحنابلة (٤٣٥/٢)، الدرر الكامنة (٢/٢)
(٣٥٧)، معجم المؤلفين (٢٠٧/٥).

وصف النسخة الخطية

لقد اعتمدنا بفضل الواحد الأحد، الفرد الصمد، في تحقيق هذا الكتاب بالإضافة إلى المطبوعة على النسخة الخطية في جامعة أم القرى بمكة تحت رقم [٣٤٤/ فقه عام]، من مصورات مكتبة جامعة برنثون - الولايات المتحدة.

ولا يسعني إلا أن أقدم الشكر لمشايخي: الشيخ جاد الرب رمضان، والشيخ الحسيني الشيخ، والشيخ محمد أنيس عبادة، والشيخ القرنشاوي رحمهم الله، والشيخ كمال عبد العظيم العناني، أساتذتي في الفقه، والأصول، والقواعد على المذهب الشافعي، وشيخي في الحديث الشيخ مسعد عبد الحميد السعدني، ولوالدي، رحمه الله، ولوالدتي شفاها الله، ولكل من عاوننا في إخراج هذا الكتاب، وللسيد الحاج محمد علي بيضون، حفظه الله، وأمد في عمره.

كتاب ايضاح الدلائل في الفرق بين السائل

ور الكتاب مر لست ولدي
 الشيخ ~~الشيخ~~ الشيخ ~~الشيخ~~ صلاح
 الذي برأيه كسب القديس من ابي
 الحبر في برهان بر آية الحسن

في هذا الكتاب

في هذا الكتاب بحسب ما في
 في هذا الكتاب بحسب ما في

47

[illegible]

رفع عبد الرحمن النجيري أسكنه الله الفردوس

[1/2]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ / (١)

قال الشيخ الإمام، العالم، العلامة، الحبر، الفهامة، زين الدين، أبو محمد عبد الرحيم ابن الشيخ الإمام، العالم، العلامة تقي الدين أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي بكر بن إسماعيل الزبيراني البغدادي، الحنبلي، قدس الله روحه، ونور ضريحه:

أحمد الله على نعم لولا كرمه لم أكن لها أهلاً، وأصلي على رسوله محمد ذي الشرف الأسنى، والمقام الأعلى، وعلى آله وأصحابه، الحائزين فضلاً ونبلاً، صلاة تدوم على مر الزمان وتُتلى.

أما بعد: فقد سألني من لا يخيب قصده، ولا يحسن رده، تنقيح كتاب «الفروق السامرية» وتهذيبه، وتبيين ما أخذ عليه وتقويمه، فأجبت به إلى ذلك بعد الاستقالة، وعدم إسعافه بالإقالة، مع ما بي من تشرد البديهة وتفرقها، وتبدد القرينة وتمزقها، وزدت فيه ما تيسر من النكت والفوائد، وعزوت أحاديثه إلى مشهور الصحاح والمسانيد، وعلامة الزيادة (قلت) في أولها، وسميته بـ (إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل). والله سبحانه أسأل حسن توفيقه، والهداية إلى سواء طريقه، بتمنه وجوده، وطوله وحوله.

(١) الباء فيه قيل: إنها زائدة، فلا تحتاج إلى ما تتعلق به، أو للاستعانة أو للمصاحبة متعلقة بمحذوف اسم فاعل خبر مبتدأ محذوف أو فعل، أي: أولف أو أبداً. أو حال من فاعل الفعل المحذوف، أي: ابتدء متبركاً ومستعيناً بالله، أو مصدر خبره محذوف، أي ابتدائي باسم الله ثابت. والله: علم على الذات الواجب الوجود، المستحق لجميع المحامد، وأكثر أهل العلم على أنه اسم الله الأعظم، والرحمن الرحيم: اسمان بنيا للمبالغة من رحم بتزيله منزلة اللازم، أو بجعله لازماً، ونقله إلى فعل بالضم. انظر: كشاف القناع للبهوتي (١/١٠-١١)، القاموس المحيط للفيروزآبادي (٣٤٤، ٢٩٢/٤).

كتاب المياه

١ - إذا أُلقي في الماء تراب، فتغيرت إحدى صفاته لم يسلبه الطهورية، ولو أُلقي فيه غيره من الطاهرات، فتغيرت سلبه^(١).
والفرق: أن التراب يوافق الماء في طهارته وطهوريته، فلا منافاة بينهما. بخلاف غيره، فإنه ليس بطهور، فإذا خالطه سلبه ما يخالفه فيه، وهو الطهورية، ولهذا لو خالطته النجاسة سلبتهما لعدمهما فيهما^(٢).

فصل

٢ - إذا جرى الماء على معدن الكبريت، ونحوه، فتغير لم يتأثر. ولو طرح فيه ذلك سلبه الطهورية.
والفرق: أن جريانه على تلك يشق التحرز منه كالطحلب، ونحوه. بخلاف ما إذا أُلقي فيه^(٣).

فصل

٣ - إذا أُلقي في الماء ملح مائي، فغيره لم يتأثر. ولو أُلقي فيه حجري سلبه.
والفرق: أن الأول ماء جامد، فهو كالثلج، والثاني حجر، فهو كالنورة^(٤).

فصل

٤ - إذا لاقت نجاسة قلتي ماء، ولم يتغير لم ينجس^(٥).

(١) انظر المسألتين: الهداية (١٠/١)، الكافي (٥٤/١)، الإمتاع (٥/١)، منتهى الإرادات (٨/١).
(٢) انظر: المغني (١٢-١٣/١)، الشرح الكبير (٦، ٤/١)، المبدع (٤١-٣٦/١).
(٣) انظر المسألتين: المغني (١٣/١)، الشرح الكبير (٤/١)، المبدع (٣٦/١).
(٤) انظر المسألتين: المغني (١٣/١)، الشرح الكبير (٤/١)، المبدع (٣٧/١)، كشف القناع (٢٧/١).
(٥) قد اختار هذه الرواية طائفة من كبار فقهاء المذهب كابن عقيل، وابن قدامة، وشيخ الإسلام ابن تيمية، والسامري، والمؤلف، فيما يفهم من تفسيره وغيرهم. انظر: المغني (٤٠/١).

ولو كان دونهما نجس^(١).

والفرق: قوله ﷺ: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً»^(٢)، رواه الإمام أحمد وغيره، فدل أن غيرهما يحمله، وإلا لم تكن فائدة^(٣).

فصل

٥ - إذا زال تغير القلتين طهرتا^(٤).

/ ولو زال مما دونهما لم يطهر^(٥). [ب/٣]

والفرق: أن علة تنجسهما التغير، فإذا زال طهرتا.

بخلاف ما دونهما، فإن علة تنجسه الملاقاء، فإذا زال التغير بقيت الملاقاء، فلم يطهر^(٦).

فصل

٦ - إذا وقع في قلتين رطل من بول كلب ولم يتغيرا، جاز استعمالهما غرفة غرفة.

ولو وضع كلب يده فيهما، لم يجز استعمالهما كذلك.

(١) انظر: المغني (٤٠/١).

(٢) (ح) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (٢٣/١) - ح (٤٤)، وابن خزيمة في صحيحه (١/٤٩) - ح (٩٢)، وابن حبان في صحيحه (٥٧/٤) - ح (١٢٤٩)، والحاكم في مستدركه (١/٣٢٤) - ح (٤٥٨)، وقال: صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. والترمذي (٩٧/١) - ح (٦٧)، والدارمي في سننه (٢٠٢/١) - ح (٧٣١)، والبيهقي في الصغرى (١٥٢/١) - ح (١٩٨)، وفي الكبرى (٢٥٩/١) - ح (١١٥٨)، والدارقطني في سننه (١٣/١) - ح (١)، وللشافعي في مسنده (٧/١)، وأبو داود (١٧/١) - ح (٦٣)، والنسائي في الكبرى (٧٤/١) - ح (٥٠)، وابن ماجه (١٧٢/١) - ح (٥١٧)، وابن أبي شيبه في مصنفه (١٣٣/١) - ح (١٥٢٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧٩/١) - ح (٢٥٨)، والطحطاوي في شرح معاني الآثار (١٥/١)، والإمام أحمد في مسنده (٢٦/٢) - ح (٤٨٠٣)، وابن الجعد في مسنده (٣١١/١) - ح (٢١١٠)، وابن الجوزي في التحقيق (٣٣/١) - ح (٦ بتحقيقنا)، والخطيب في تاريخ بغداد (٤٠٥/١٣)، وانظر التلخيص الحبير (١/١٦-٢٠)، نصب الراية للزبيلي (١/١٠٤-١١١).

(٣) انظر المغني (٢٥/١)، الشرح الكبير (١٢/١).

(٤) هذا إن لم تكن النجاسة بول آدمي، أو أعذرتة، فإن كان التغير بأحدهما فالصحيح في المذهب: أن القلتين لا يطهران بزوال التغير. انظر: الكافي (١٠/١)، المحرر (٢/١)، الفروع (٨٨/١).

(٥) انظر: الكافي (١٠/١)، المحرر (٢/١)، الفروع (٨٨/١).

(٦) انظر: المغني (٢٥/١)، الشرح الكبير (١٢/١).

والفرق: أن البول مائع استهلك في محكوم بطهوريته .
بخلاف اليد، فإنها نجاسة قائمة، فإذا نقصت القلتان نجسنا بملاقاة يده،
فافترقا^(١).

فصل

٧ - إذا ولغ الكلب في إناء فيه قلتان، فالإناء والماء طاهران .
ولو ولغ فيه، ثم ألقينا فيه، فهو نجس دونهما .
والفرق: أن ولوغه في الصورة الأولى لم ينجسهما، فلم ينجس الإناء .
بخلاف الثانية، فإن الإناء تنجس، ولم ترد عليه الغسلات المطهرات، فبقي
نجساً، وهما طاهرتان، لعدم موجب التنجس فيهما .

فصل

٨ - اتخاذ الآنية من النقدين حرام .
ومن الشئنة مباح^(٢) .
والفرق: نهيه ﷺ عن استعمالها من النقدين بقوله عليه السلام: «لا تشربوا في
آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا، ولكم في
الآخرة»^(٣)، متفق عليه .
وما حرم استعماله حرم اتخاذه، كالطنبور .
بخلاف الجواهر، فإن الشرع لم يرد بتحريم استعمالها، فاتخاذها تبع له^(٤) .

فصل

٩ - إذا اشتبه طهور بنجس تحرّى، وشرب إن اضطر .
وتيمم للطهارة، ولم يتحر .
والفرق: أنه اشتبه المباح بالمحظور فيما لا تبيحه الضرورة، فلم يجز التحري،
كما لو اشتبهت أخته بأجنبية .

(١) الشرح الكبير (١٤/١)، كشف القناع (٤٦/١).

(٢) انظر المسألتين: الهداية (١١/١)، الكافي (١٧/١).

(٣) انظر: المغني (٧٧/١)، الشرح الكبير (٢١/١).

(٤) (ج) أخرجه البخاري (٢٠٦٩/٥) - ح (٥١١٠)، ومسلم (١٦٣٨/٣) - ح (٢٠٦٧).

بخلاف تحري المضطر إلى الشرب، لأنه نباح للضرورة، كأكل الميتة.
وأيضاً لا فائدة للتحري في الأولى، للشك في حصول الطهارة به، والحدث متيقن، فلا تبرأ ذمته من الصلاة.
بخلاف الشرب، فإن فيه إحياء النفس، غايته: أنه شرب النجس، فذلك جائز للمضطر^(١).

فصل

١٠ - يصلي بالتيمم عند اشتباه الماء صلاة واحدة.
ولو اشتبهت الثياب الطاهرة بالنجسة صلى في ثوب بعد ثوب، بعدد النجس، وزاد صلاة^(٢).
والفرق: أنه بالصلاة الواحدة تبرأ ذمته يقيناً، لأننا قد حكمنا بعدم جواز الوضوء بالماء المشتبه، فلم يبق إلا التيمم.
وفي الثياب لا تحصل تأدية فرضه يقيناً إلا بال تكرار.
إذ من الجائز أنه لم يصل إلا بالنجس، فإذا كرر وزاد تيقنا حصول الفرض بشوب طاهر^(٣).

فصل

١١ - إذا قال ثقة: ولغ هذا الكلب في هذا الإناء، وقال آخر: بل ذلك، ولم يوقتا، حكم بنجاستهما.
وإذا وقتاً يضيق عن الولوغ فيهما، فهما/ طاهران.
والفرق: أنه إذا لم يوقتا فالولوغ فيهما ممكن.
وإذا وقتاً يضيق لم يمكن الجمع بين قولهما، وليس أحدهما أولى من الآخر بالتصديق، فيتعارض قولاهما، ويبقى الماء على طاهريته^(٤).

فصل

١٢ - يصح الوضوء للصلاة قبل دخول وقتها.

(١) انظر: المغني (٦٠/١)، الشرح الكبير (١٩/١-٢٠).

(٢) انظر: الهداية (١١/١)، الكافي (١٣/١).

(٣) انظر: المغني (٦٤/١)، الشرح الكبير (٢٠/١)، المبدع (٦٤/١).

(٤) انظر: المغني (٦٥/١)، الشرح الكبير (١٨/١)، المبدع (٦١/١).

ولا يصح التيمم^(١).

والفرق: أن الله عز وجل قال: ﴿إِذَا قُضِيَ إِلَيْكَ الْأَلْزَامُ فَأَغْسِلْ وَجْهَكَ﴾ [المائدة: الآية ٦]، والقيام إلى الصلاة لا يكون إلا بعد دخول وقتها، فمقتضاه: كون الوضوء والتيمم بعد دخول الوقت، خولف ذلك في الرضوء، لأنه ﷺ صلى يوم الفتح بوضوء واحد خمس صلوات، فقال له عمر في ذلك، فقال: «عمداً فعلت يا عمر»^(٢)، رواه الترمذي، وانعقد الإجماع على جوازه.

وبقي التيمم على مقتضى الآية.

وأيضاً، فإنه لا يرفع حدثاً، وإنما يبيح الصلاة، ولا تستباح إلا في وقت جواز فعلها^(٣).

فصل

١٣ - الترتيب بين أعضاء الوضوء واجب.

ولا يجب بين اليمنى واليسرى^(٤).

والفرق: أنهما كالعضو الواحد^(٥)، بدليل: أن الماسح لو خلع أحد خفيه بطلت طهارته فيهما، ولو مسح على خف وغسل الأخرى لم يجز^(٦)، فدل: على أنهما كالشيء الواحد.

وأورد: إذا كانا كالعضو الواحد لم لا يجوز غسل أحدهما بماء الآخر؟.

فأجيب: ما دام الماء على اليد فهو في محل التطهير، ولا يعد بسريره في أجزاء العضو منفصلاً، ولا مستعملاً ما لم ينفصل، فإذا انفصل صار مستعملاً وزال عنه حكم الطهورية، فلم يرفع حدث اليد الأخرى.

قلت: وفيه نظر، لأنهما إذا كانا كالعضو الواحد، والانتقال في أجزاء العضو لا يصير الماء مستعملاً، فينبغي إذا انتقل من يد إلى أخرى من غير انفصال أنه يجوز، وليس كذلك على الصحيح^(٧).

(١) انظر: الهداية (٢١/١)، المقنع (٦٢/١)، المحرر (٢٢/١)، الإمتاع (٥٠/١).

(٢) (ج) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٦٠٧/٤) - ح (١٧٠٨)، والإمام أحمد في مسنده (٣٥٨/٥) - ح (٢٣٠٧٩).

(٣) انظر: المغني (٢٣٦/١)، الشرح الكبير (١٣٠/١)، كشف الإمتاع (١٦١/١).

(٤) انظر: الهداية (١٥/١)، الكافي (٣٤٣١/١)، المحرر (١٢/١)، الإمتاع (٣١-٣٠/١).

(٥) انظر: المغني (١٣٧/١)، الشرح الكبير (٥١/١).

(٦) انظر: المغني (٢٨٩/١)، الشرح الكبير (٧٤/١)، المبدع (١٥٢/١).

(٧) انظر: الإنصاف (٤٥/١)، الإمتاع (٧/١)، وقال: «ويعصر الماء في الطهارتين مستعملاً بانتقاله من عضو إلى عضو بعد زوال اتصاله، لا بترده على الأعضاء المتصلة».

ثم الفرق الصحيح: أن الترتيب مستفاد من الآية، ولم تدل على الترتيب بين اليمنى واليسرى، بل دلت عليه بين باقي الأعضاء، وكذا السنة لم ترد بوجوبه فيهما، فيكون الفرق بالنصر^(١).

فصل

١٤ - إذا توضأ لنافلة صلى به فريضة^(٢).

ولا يجوز ذلك في التيمم^(٣).

والفرق: أن الوضوء رافع، فالفرض والنفل سواء.

والتيمم مبيح، ولا يستباح الأعلى وهو الفرض، بنية الأدنى وهو النفل^(٤).

فصل

١٥ - يجوز المسح في الطهارة الصغرى على الخف، والجرموق، والعمامة.

ولا يجوز في الكبرى^(٥).

والفرق: قول صفوان: «أمرنا رسول الله ﷺ إذا كنا^(٦) مسافرين أن لا ننزع خفافنا

من جنابة، ولكن نمسح من غائط أو بول، أو نوم». رواه الترمذي وصححه.

وأيضاً، فالصغرى تتكرر، فيشق خلعه، بخلاف الكبرى^(٧).

(١) انظر: المغني (١/٣٦٧)، الشرح الكبير (١/٥١).

(٢) انظر: المغني (١/١٤٢)، وقال: «لا أعلم في هذه المسألة خلافاً»، وكذا قوله في الشرح الكبير (١/٥٣).

(٣) انظر: الهداية (١/١٩)، المقنع (١/٦٩)، الفروع (١/٢٢٧).

(٤) انظر: المغني (١/٢٥٢)، الشرح الكبير (١/١٢٩).

(٥) انظر: الهداية (١/١٦)، الكافي (١/٣٥)، الإمتاع (١/٣٦).

(٦) (ح) أخرجه ابن خزيمة (١/١٣) - ح (١٧)، وابن حبان في صحيحه (٣/٣٨١) - ح (١١٠٠)، والضياء في الأحاديث المختارة (٨/٣٣) - ح (٢٦)، والترمذي (١/١٥٩) - ح (٩٦)، والبيهقي في الكبرى (١/١١٨) - ح (٥٧٤)، والشافعي في مسنده (١/١٧)، وابن ماجه (١/١٦١) - ح (٤٧٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١/٨٢)، والطبراني في الأوسط (٢/٢٨) - ح (١١٢٤)، والإمام أحمد في مسنده (٤/٢٤٠)، والحميدي في مسنده (٢/٣٨٨، ٣٨٩) - ح (٨٨١)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/٢٩١) - ح (١٣٦٤)، والطبراني في الكبرى (٨/٥٦) - ح (٧٣٥١)، وأبو نعيم في الحلية (٥/٩)، والطبري في تاريخ بغداد (١١/٢٤٧)، وابن الجوزي في التحقيق (١/٢٠٧) - ح (٢٣٤) بتحقيقنا.

(٧) انظر: الكافي (١/٣٥)، المغني (١/٢٨٣)، وقال في المغني (١/٢٧٨): «ولأن الضرر يلحق بترعها، بخلاف الخف».

[٤/ب]

فصل

١٦ - المسح على ما تقدم مؤقت، بخلاف الجبيرة^(١).
والفرق: ما روى علي رضي الله عنه قال: (جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوماً وليلة للمقيم)^(٢) رواه مسلم.
وعنه قال: (كسرت زندي يوم أحد، فأمرني رسول الله ﷺ أن أمسح على الجباثر، رواه ابن ماجه^(٣)، ولم يوقت.
وأيضاً، ما ثبت لضرورة يقدر بقدرها^(٤).

فصل

١٧ - إذا لبس الخف في إحدى رجله قبل غسل الأخرى لم يجزئه المسح.
ولو نزع ثم لبسه، جاز.
والفرق: أنه في الأولى لبسه قبل كمال الطهارة وهو شرط، فلم يجزئه، وفي الثانية لبسه على طهر كامل^(٥).

فصل

١٨ - إذا لبس الخفين على غير طهارة، ثم أحدث وتوضأ، ونزعهما قبل نشاف يده، وغسلهما، تمت طهارته.
ولو مسح على خفين لبسهما على طهارة ثم خلعهما، وغسل رجله قبل نشاف يده لم يجزئه غسل رجله^(٦).
والفرق: أن الخفين في الأولى لم يمسح عليهما، فخلعهما لا يؤثر في

(١) انظر: الهداية (١/١٥)، المقنع (١/٤٠)، المحرر (١/١٣)، الإمتاع (١/٢٣).

(٢) (ح) أخرجه مسلم (٢٣٢/١) - ح (٢٧٦).

(٣) (ح) أخرجه ابن ماجه (١/٢١٥) - ح (٦٥٧)، وقال الشيخ البوصيري: هذا إسناد فيه عمرو بن خالد كذبه أحمد وابن معين، وقال البخاري منكر الحديث، وقال أبو زرعة: وكيع يضع الحديث، وقال الحاكم: يروي عن زيد بن علي الموضوعات. انظر: مصباح الزجاجة (١/٨٤)، والدارقطني في سننه (١/٢٢٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (١/١٦١) - ح (٦٢١)، وانظر التحقيق لابن الجوزي (١/٢٢٠) - ح (٢٥١) بتحقيقنا.

(٤) انظر: المغني (١/٢٧٨)، الشرح الكبير (١/٧٢).

(٥) انظر: المغني (١/٢٨٢)، الشرح الكبير (١/٧٠)، كشف القناع (١/١١٣).

(٦) بناء على أن المسح يرفع الحدث، وأن الحدث لا يتبعض، وهذا الصحيح من المذهب كما قاله المرداوي والبهوتي. انظر: تصحيح الفروع (١/١٦٩-١٧٠)، كشف القناع (١/١٢١).

الطهارة، فإذا غسل رجله قبل فوات الموالاة أجزأه.

بخلاف الثانية، فإنه مسح عليهما، وارتبط المسح بالغسل، فإذا خلع بطلت طهارة رجله، والحدث لا يتبعض، فسرى إلى الجميع فبطل، ولزمه الاستئناف^(١).

فصل

- ١٩ - يصح الوضوء قبل الاستنجاء، دون التيمم^(٢).
والفرق: أن الوضوء رافع، والنجاسة لا تمنع ذلك^(٣).
والتيمم مبيح، والصلاة لا تستباح مع المانع^(٤).

فصل

٢٠ - إذا أمسك المستجمر الحجر بيمينه، وذكره بيساره، فأمره على الحجر لم يكره.

ولو أمر الحجر بيمينه على الذكر كره^(٥).

والفرق: أنه في الأولى ليس مستجمراً بيمينه، فلم يكره.

وفي الثانية هو مستجمر بها^(٦)، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك، متفق عليه^(٧)، ويؤيد أنه لا ينسب إلى اليمين فعل في الأولى: أنه لو أخذ سكيناً بيمينه ولم يحركها، وحركت الشاة حلقومها حتى انقطعت أوداجها فإن الشاة ميتة، لأن ممسك الآلة لم يذبح.

فصل

٢١ - خروج يسير^(٨) الدم من السيلين ينقض الوضوء.

(١) كشف القناع (١/١٢١).

(٢) انظر: الهداية (١٣/١)، الكافي (٥٤/٥٥).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٨١/١)، الكافي (٥٤/١).

(٤) انظر: الكافي (٥٥/١)، المبدع (٩٦/٦).

(٥) انظر: الكافي (٥٤/١)، الشرح الكبير (٣٣/١)، كشف القناع (٦٢/١).

(٦) انظر: المغني (٤٥١/١)، الكافي (٥٤/١)، الشرح الكبير (٣٣/١).

(٧) (ح) أخرجه البخاري (٦٩/١) - ح (١٥٣)، ومسلم (٢٢٥/١) - ح (٢٦٧).

(٨) اليسير: ضد الكثير، ومن حد الكثير في المذهب عدة أقوال أشهرها قولان، الأول: أنه ما يفحش في نفس كل أحد بحسبه وهذا هو الصحيح في المذهب. الثاني: أنه ما يفحش في نفوس أوساط الناس واختار القول بهذا عدد من كبار فقهاء المذهب. ومن أشهرهم ابن عقيل، حيث قال: «وإنما =

وخروجه من غيرهما لا ينقض^(١).

والفرق: أن السيلين هما المخلوقان لخروج نجاسة البدن، فالخارج منهما وإن قل وندر يجب الطهر منه، كالذود ونحوه، ولولا قوله ﷺ: «من استنجى من الريح فليس منا»^(٢). رواه الطبراني، لوجب الاستنجاء منها قياساً.

بخلاف المخارج غيرهما، فإنها خلقت لخروج الطاهرات، كالدمع والعرق ونحوهما / فخروج اليسير النادر منهما يلحق بالغالب - وإن كان نجساً - في عدم [١/٥] النقض، فإذا كثر قوي وصار أصلاً بنفسه، كالخارج من السيلين.

فصل

٢٢ - كثير النجاسة من غير السيلين ينقض، دون يسيرهما^(٣).

والفرق: قوله ﷺ: «ليس من القطرة، ولا القطرتين من الدم وضوء، إنما الوضوء من كل دم سائل»، رواه الدارقطني^(٤).

فصل^(٥)

٢٣ - قلت: خروج يسير النجاسة من غير السيلين لا ينقض.

وخروج يسير البول والغائط من غيرهما ينقض^(٦).

والفرق: أن يسير نجاسة غيرهما معفو عنه، لما رواه الدارقطني، وقد تقدم^(٧).

= يعتبر الفاحش في نفوس أوساط الناس من المبتدلين، ولا الموسوسين»، انظر الكافي (١/٤٢)، الفروع (١/١٧٦).

(١) انظر: الكافي (١/٤٢)، الشرح الكبير (١/٨٢-٨٠)، المبدع (١/١٥٥-١٥٧)، الإرادات (١/٦٥-٦٤).

(٢) (ج) أخرجه ابن عساکر في تاريخ دمشق (٥٣/٤٩)، وانظر: الميزان (٣/٣٧٠)، لسان الميزان (٣/١٤٢)، الكامل في الضعفاء (٤/٣٥).

(٣) إلا أن يكون بولاً، أو غائطاً، فإنه ينقض الوضوء وإن كان يسيراً، كما سيأتي في كلام المصنف في الفصل الآتي. وانظر: الهداية (١/١٦)، المحرر (١/١٣)، الإمتاع (١/٣٧).

(٤) (ج) أخرجه الدارقطني في سننه (١/١٥٧)، برقم (٢٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١/١٢٧) - ح (١٤٦٣)، وابن عدي في الكامل (١/١٩٠)، وابن الجوزي في التحقيق (١/١٩٠) - ح (٢٠١/٢٠١) بتحقيقنا، وانظر نصب الراية للزليعي (١/٣٧).

(٥) هذا الفصل فيما يظهر استدراك من المصنف على السامري، وتفسير لما أطلقه لأنه أطلقه هناك العفو عن يسير النجاسة من غير السليت ولم ينش البول والغائط، مع أنه لا خلاف في المذهب أن اليسير منها ينقض ولو خرج من غير السليس كما قاله في: المغني (١/١٧٢)، والمبدع (١/١٥٦).

(٦) المغني (١/١٧٢)، والمبدع (١/١٥٦).

(٧) المغني (١/١٧٢)، والمبدع (١/١٥٦).

بخلاف البول والغائط، فإنهما أفحش النجاسات وأغلظهما، فسوي بين سيرهما وكثيرهما، لزيادة فحشهما.

فصل

٢٤ - خروج الدودة من أحد السيلين ينقض^(١).
 وخروجها من الجرح لا ينقض. على اختيار الخرق^(٢).
 والفرق: أن الخارجة من السيل متولدة من النجاسة فتكون نجسة، ولا فرق بين سير النجاسة وكثيرها من السيلين.
 بخلاف الجرح، فإن الناقض منه يشترط كثرتة، والدودة يسيرة، فافترقا.

فصل

٢٥ - نزول الدم الناقض إلى قصبه الأنف ينقض.
 ونزول البول إلى قصبه الذكر لا ينقض.
 والفرق: أن الأنف في حكم الظاهر، بدليل: وجوب تطهيره من النجاسة، فوصول النجاسة إليه كخروجها منه.
 بخلاف الذكر، فإنه باطن حكماً وحساً، بدليل: أنه لا يطهر باطنه من نجاسة، فهو كبواطن العروق التي يتردد فيها الدم.

فصل

٢٦ - قلت: لمس المرأة لشهوة ينقض.
 ولمسُ الأمد لا ينقض^(٣).
 والفرق: أن النص ورد بالنقض بمسها، قال تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [النساء: ٤٣] لأنها محلُ الشهوة شرعاً، واللمس يحرك الشهوة، فلمسها مظنة لخروج الخارج.
 بخلاف الأمد، فإنه لم يرد فيه من النص مثل ما ورد فيها، ولا هو محل للشهوة شرعاً^(٤).

(١) انظر: الهداية (١٦/١)، الكافي (٤٢/١)، الإمتاع (٣٦/١).

(٢) انظر: المغني (١٨٧/١)، الشرح الكبير (٨٤/١).

(٣) انظر: الهداية (١٧/١)، الكافي (٤٦/١).

(٤) انظر: المغني (١٩٦/١)، الشرح الكبير (٩٠/١)، المبدع (١٩٧/١).

فصل

٢٧ - مس الرجل ذكر الخنثى المشكل ينقض^(١).
ومس المرأة له لا ينقض^(٢).
والفرق: أنه إن كان الخنثى ذكراً فقد مس ذكره، وإن كان امرأة فقد مسها
لشهوة، وكلاهما ناقض.
بخلاف مس المرأة إياه، لأنه يحتمل أنه امرأة، والمرأة لا ينقض وضوؤها مس
امرأة^(٣).

فصل

٢٨ - مس المرأة قبل الخنثى المشكل ينقض^(٤).
بخلاف الرجل^(٥).
والفرق: ما تقدم.

فصل

٢٩ - قلت: مس الذكر ينقض الوضوء.
ومس الأنثيين لا ينقض^(٦).
والفرق: ما روي أن النبي ﷺ قال: «من مس ذكره فليتوضأ» رواه الإمام
أحمد، وغيره.
ولأن مسه يدعو إلى خروج الخارج.
بخلاف الأنثيين، فإنهما لا نص فيهما، ولا هما في معنى ما نص عليه، لكون
مسهما لا يدعو إلى خروج الخارج، فافترقا^(٧).

فصل

٣٠ - أكل لحم الجوزور ينقض.

(١) إن كان بشهوة، وإلا فلا ينقض. انظر: المقنع (٩/١)، المحرر (١٤/١)، الإمتاع (٣٨/١).

(٢) انظر: المقنع (٤٩/١)، المحرر (١٤/١)، الإمتاع (٣٨/١).

(٣) انظر: المغني (١٨٢/١)، الشرح الكبير (٨٧/١).

(٤) انظر: الكافي (٤٦/١)، المحرر (١٤/١).

(٥) انظر: الكافي (٤٦/١)، المحرر (١٤/١).

(٦) انظر: الكافي (٤٦-٤٥/١)، الشرح الكبير (٨٨٨٦/١).

(٧) انظر: المغني (١٨٣/١)، الشرح الكبير (٨٨/١).

ب. دون / لحم الغنم^(١).

والفرق: ما روى جابر أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ: أتوضأ من لحوم الغنم، قال: «إن شئت فتوضأ، وإن شئت فلا تتوضأ»، قال: أتوضأ من لحوم الإبل؟ قال: «نعم، توضأ منها»، رواه مسلم^(٢) وغيره.

والوضوء عند الإطلاق ينصرف إلى الشرعي، سيما وقد قرنه بالصلاة بقوله في بعض ألفاظ الحديث: «وصلوا في مرائب الغنم، ولا تصلوا في معادن الإبل»^(٣).

فصل

٣١ - يجوز وطء من عليها غسل جنابة^(٤).

دون من عليها غسل حيض^(٥).

والفرق: أن نفس الجنابة لا يمنع الوطء، كمن التقى ختانهما، فإن الوطء لا يحرم عليهما، فلأن لا يمنع حدثه بطريق الأولى^(٦).

بخلاف حدث الحيض، فإنه يمنع الوطء، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهَا حَتَّى يَظْهَرَ﴾ [البقرة: الآية ٢٢٢] أي: ينقطع دمهن، ﴿فَإِذَا ظَهَرَ﴾ [البقرة: الآية ٢٢٢] أي: اغتسلن، ﴿فَأَتَوْهُنَّ﴾. كذا فسر ابن عباس^(٧) رضي الله عنهما، فلهذا لم يجز وطؤها حتى تغتسل.

(١) انظر: الهدية (١٧/١)، المحرر (١٥/١).

(٢) (ح) أخرجه مسلم (٢٧٥/١) - ح (٣٦٠)، وابن الجارود في المنتقى (١٩/١) - ح (٢٥)، وابن خزيمة في صحيحه (٢١/١) - ح (٣١)، وابن حبان في صحيحه (٤٠٦/٣) - ح (١١٢٤)، وأبو نعيم في مستخرجه على مسلم (٣٩٧/١) - ح (٧٩٤) بتحقيقنا، وأبو عوانة في مسنده (٢٢٧/١) - ح (٧٥٤)، والترمذي (١٢٣-١٢٢/١) - ح (٨١)، والبيهقي في الكبرى (١٥٨/١) - ح (٧١٤)، وأبو داود (٤٧/١) - ح (١٨٤)، وابن ماجه (١٦٦/١) - ح (٤٩٤)، والطبراني في الأوسط (٧/٢٤٨-٢٤٧) - ح (٧٤٠٧)، والإمام أحمد في مسنده (٣٠٣/٤).

(٣) (ح) أخرجه ابن خزيمة (٨/٢) - ح (٧٩٥)، وأبو عوانة في مسنده (٣٣٥/١) - ح (١١٩٤)، والترمذي (١٧٧/٢) - ح (٣٤٦)، وابن ماجه (١٦٦/١) - ح (٤٩٧)، والربيع في مسنده (١/١٢٢) - ح (٢٩٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٨٤/١)، والإمام أحمد في مسنده (٢/٤٥١) - ح (٩٨٢٤)، وابن الجعد في مسنده (٤٦٢/١) - ح (٣٠٨٠)، والطبراني في الكبير (١/٢٠٦) - ح (٥٥٩).

(٤) انظر: الهداية (١٩/١)، الكافي (٥٩/١)، المحرر (٢١/١).

(٥) انظر: الهداية (٢٤/١)، الكافي (٧٣/١).

(٦) انظر: المغني (٢٦/٧).

(٧) (ح) انظر: السنن الكبرى للبيهقي (٣٠٩/١).

فصل

٣٢ - إذا دخل في الصلاة متيمماً، فوجد الماء في الصلاة بطلت، واستأنفها^(١).

ولو شرع في صوم الكفارة، فوجد الرقبة، أو في صوم التمتع، فقدّر على الهدى لم يلزمه الانتقال إلى الهدى^(٢) والعق^(٣).

والفرق: أن التيمم يجزىء لضرورة عدم الماء، فإذا وجد الماء بطلت، لزوال الضرورة، كالمستحاضة إذا انقطع دمها قبل تمام صلاتها، فإنها تبطل، كذا ما هنا.

بخلاف الكفارة والهدى، فإن الاعتبار فيهما بحالة الوجوب، فإذا كان فقيراً لزمه الصوم، فلو وجد الرقبة والهدى قبل الشروع في الصوم لم يلزمه الانتقال على الصحيح^(٤)، فلأن لا يلزمه بعد الشروع أولى.

وأيضاً، فإن الصوم قرينة وجد غيره أو لم يوجد. وليس كذا التيمم، فإنه يبطل بالقدرة على الماء بدليل ما ذكرنا.

فصل

٣٣ - إذا [وجد ماء] يكفي بعض طهره لزمه استعماله، ثم تيمم للباقي^(٥). ولو كان جريحاً فأراد التيمم للجرح، غسل [الصحيح، وهو مخيراً]، بين تقديم التيمم على الماء، وتأخير^(٦).

والفرق: أن علة التيمم في الأولى عدم الماء، ولا يتحقق حتى يستعمل. بخلاف التيمم للجرح، فإنه لخوف الضرر، وهو موجود قبل الاستعمال ويعده^(٧).

(١) انظر: الهداية (٢١/١)، الكافي (٦٩/١)، المحرر (٢٢/١).

(٢) انظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى الهدى في: المغني (٤٨/٣)، المحرر (٢٣٥/١).

(٣) انظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى العتق في: المغني (٣٨٢/٧)، القواعد لابن رجب ص ٩٢، الإنصاف (٢١١/٩).

(٤) انظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى العتق قبل الشروع في الصوم في: المغني (٣٨٢، ٣٨١/٧)، الإنصاف (٢١١-٢٠٩/٩)، وانظر مسألة عدم لزوم الانتقال إلى الهدى قبل الشروع في الصوم في المغني (٤٨١/٣)، الإنصاف (٥١٦/٣).

(٥) انظر: الهداية (٢١/١)، المقنع (٦٥/١)، المحرر (٢٢/١).

(٦) هذا إن كان عليه حدث أكبر، فإنما إن كان عليه حدث أصغر فإنه يجب عليه الترتيب بحيث يتم عند موضع غسل العضو الجريح في الصحيح من المذهب. انظر: المغني (٢٦٠-٢٥٩/١)، الإنصاف (٢٧٢/١)، الإمتاع (٥٢/١).

(٧) انظر: المغني (٢٦٠-٢٥٩/١)، الشرح الكبير (١١٩/١).

فصل

٣٤ - إذا تيمم الجريح لجرحه، وجب معه المسح في رواية.
ولو كان الممسوح جبيرة، مسح عليها من غير تيمم^(١).
والفرق: قوله ﷺ في حديث صاحب الشجة: «إنما كان يكفيه أن يتيمم، ويعصب على جرحه، ثم يمسح عليه، ويغسل سائر جسده». رواه أبو داود^(٢) وغيره.
[II/١] وأما الجبيرة فقد قدمنا أن النبي ﷺ أمر علياً / لما انكسر زنده: أن يأخذ بالمسح، ولم يأمره بالتيمم، فافترقا.

فصل

٣٥ - إذا نوى بتيممه الحدثين، ثم أحدث حدثاً أصغر، بطل تيممه للأصغر، دون الأكبر^(٣).
ولو قدر على الماء، أو دخل وقت صلاة أو خرج، بطل تيممه لهما^(٤).
والفرق: أن نيتهما صيرت التيمم كتيممين، فإذا بطل هذا بقي الآخر، كما لو اغتسل ينويهما، ثم بطلت الصغرى لم تبطل الكبرى^(٥).
بخلاف القدرة على الماء، وخروج الوقت، فإن التيمم مقدر بمدة إذا انقضت بطل، كالمسح على الخفين.

فصل

٣٦ - إذا انقطع دم الحائض فتيممت لإباحة وطئها، ثم أحدثت لم يمنع ذلك وطأها بالتيمم^(٦).
ولو قدرت على استعمال الماء، أو دخل وقت صلاة أو خرج، بطل تيممها، ولم يجز وطؤها^(٧).
والفرق: ما تقدم^(٨).

(١) انظر: الهداية (١٥/١)، الكافي (٤٠/١)، المحرر (١٣/١).

(٢) (ج) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٢٨/١) - ح (١٠١٨)، وانظر: التلخيص الحبير (١٤٧/١).

(٣) انظر: الكافي (٦٨/١)، الشرح (١٢٨/١).

(٤) انظر: المغني (٢٧٢/١)، الشرح الكبير (١٣٠/١).

(٥) انظر: الكافي (٦٨/١).

(٦) انظر: المغني (٢٦٨/١)، الشرح الكبير (١٢٨/١).

(٧) انظر: المغني (٢٧٢/١)، الشرح الكبير (١)، المبدع (٢٢٦/١).

(٨) انظر: المغني (٢٧٢/١)، المبدع (٢٢٦/١).

فصل

٣٧ - صوف الميتة وشعرها طاهر.

وقرنها وظفرها نجس.

والفرق: أن الصوف والشعر لا روح فيه، بدليل: أنه لا يحس، ولا يألم بزواله، ونموه لا يدل على أن فيه روحاً، فإن الشجر ينمو بمحله، ولا حياة فيه.

أما العظم ونحوه ففيه روح وحياة. قال الله تعالى: ﴿قَالَ مَنْ يُغَيِّ آلَ عِزٍّ وَهِيَ رَمِيمٌ﴾ (٧٨) قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ ﴿يس: الآيتان: ٧٨، ٧٩﴾. ولأنها تحس وتألم، وذلك دليل الحياة، وإنما لم تحس بقطع ما طال من القرون، لأن الروح والحياة فارقتها، وإذا ثبت أن فيها روحاً وحياة نجست بالموت، كاللحم والعصب^(١).

فصل

٣٨ - إذا تخللت الخمرة بنفسها طهرت.

وإن خللت لم تطهر^(٢).

والفرق: أنها إذا تخللت بنفسها زالت علة نجاستها، وهي الشدة المطربة، لأنها إذا كانت عسيراً كانت طاهرة، فلما حدثت هذه نجست، فإذا زالت العلة تبعها معلولها^(٣).

بخلاف ما إذا خللت بما يلقي فيها، فإنه بملاقاته لها ينجس، فإذا زالت نجاستها خلفتها نجاسة^(٤)، فافترقا.

فصل

٣٩ - لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة^(٥).

وتطهر الخمرة بها.

والفرق: أن الخمرة إذا استحالت عن العسير [نجست]، فإذا استحالت بذهاب علة تنجيسها طهرت.

(١) انظر: المغني (٧٣/١)، (٨٠-٧٩)، الشرح الكبير (٢٨/١)، المبدع (٧٦/١).

(٢) انظر: الهداية (٢٢/١)، المقنع (٧٧/١)، المحرر (٦/١)، الإمتاع (٦٠/١).

(٣) انظر: المغني (٣٢٠/٨)، الشرح الكبير (١٤٤/١).

(٤) انظر: المغني (٣٢٠/٨).

(٥) انظر: الهداية (٢٢/١)، المقنع (٧٧/١)، المحرر (٦/١)، الإمتاع (٦٠/١).

بخلاف بقية النجاسات، فإنها لم تنجس بالاستحالة، فلم تطهر بها، لأن علة تنجيسها لم تنزل^(١).

فصل

٤٠ - يظهر بول الغلام الذي لم يأكل الطعام بنضجه^(٢).

ولا يظهر بول الجارية إلا بالغسل^(٣).

والفرق: قوله ﷺ: «إنما يغسل من بول الجارية، وينضح^(٤) من بول الغلام»، رواه أبو داود، وفي حديث أم قيس المتفق عليه، قالت: أتيت بابن لي صغير لم يأكل^(٥) الطعام، فذكرته، وعن علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «بول الغلام ينضح، وبول الجارية يغسل»، رواه الإمام أحمد^(٦).

وعلة ذلك: أن بول الجارية يجري تحتها غالباً فلا/ يشق التحرز منه. [ب/٦]

وبول الغلام قبل أكله الطعام يخرج قوياً يصيب من بعد، ويصعب الاحتراز منه، فإذا بلغ حداً يشتهي الطعام ضعف خروج بوله، ولم يشق التحرز منه، كما لا يشق من بول الجارية.

قلت: هذا لا ينهض، ويكفي النص فرقاً.

فصل

٤١ - الحيض يمنع وجوب الصلاة.

ولا يمنع وجوب الصوم^(٧).

والفرق: قول عائشة رضي الله عنها: كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ، فكنا

(١) انظر: الكافي (٨٨/١)، الشرح الكبير (١٤٤/١).

(٢) انظر: النضح: البيل والرش بالماء، من غير مرس وعصر. انظر: المصباح المنير (٦٠٩/٢).

(٣) انظر: الكافي (٩١/١)، الشرح الكبير (١٤٥/١).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤١٥/٢) - ح (٣٩٥٩)، وأبو داود (١٠٢/١) - ح (٣٧٦)، والنسائي في الكبرى (١٢٩/١) - ح (٢٩٣)، وابن ماجه (١٧٤/١) - ح (٥٢٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٩٤/١١)، وانظر: التلخيص الحبير (٣٨/١)، نصب الرأية للزيلعي (١/١٢٦).

(٥) لفظة الصحيحين: «أنها أتت بابل لها صغير لم يأكل الطعام إلى رسول الله ﷺ فأجلسه رسول الله ﷺ في حجره فبال على ثوبه، فدعا بماء فنضجه ولم يغسله».

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٧٦/١) - ح (٥٦٣).

(٧) انظر: الهداية (٢٤/١)، الكافي (٧٢/١)، المحرر (٢٤/١).

نؤمر بقضاء الصوم، ولا نؤمر بقضاء الصلاة. متفق عليه^(١).
وأيضاً، فإن الصلاة تتكرر، فيشق قضاؤها، فسامح الشرع بذلك.
بخلاف الصوم، فإنه قليل، وقد لا يصادفها بالمرة، فقضاؤه لا مشقة فيه.

فصل

٤٢ - قلت: يلزم المرأة نقض شعرها لغسل الحيض.
ولا يلزمها ذلك لغسل الجنابة^(٢).
والفرق: أن الأصل وجوب النقض فيهما، ليتيقن وصول الماء إلى أصول الشعر.

خولف ذلك في الجنابة، لما روت أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت: يا رسول الله إني امرأة أشدُّ ضُفُرُ^(٣) رأسي، أفأنقضه للجنابة؟ قال: «لا». رواه مسلم.
ولأن الجنابة تتكرر، فيشق حل الشعر فيها.
بخلاف الحيض، فإنه لا يتكرر كتكررها^(٤).

فصل

٤٣ - إذا انقطع دم الحائض صح الصوم منها.
ولا تصح الصلاة والطواف حتى تغتسل^(٥).
والفرق: أن الصوم لا تشترط له الطهارة، فيصح من الحائض قبل غسلها، أو^(٦) فلم يمنعه حدث الحيض، كالزكاة.
بخلاف الصلاة والطواف، فإن من شرطهما الطهارة.

(١) أخرجه أبو عوانة في مسنده (٢٧١/١) - ح (٩٤٥)، والترمذي (١٥٤/٣) - ح (٧٨٧)، وحسنه، والنسائي في الكبرى (١١٣/٢) - ح (٢٦٢٧)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٢٤/٢) - ح (٧٢٣٨)، والإمام أحمد في مسنده (٩٤/٦) - ح (٢٤٦٧٧)، وإسحاق في مسنده (٧٦٧/٣) - ح (١٣٨٤)، والطيالسي في مسنده (٢٢٠/١) - ح (١٥٧٠).

(٢) انظر: الكافي (٦٠/١)، المحرر (٢١/١)، الإنصاف (٢٥٦/١).

(٣) الضفر: بضمّتين: جمع ضفيرة، وهي الخصلة من الشعر المنسوج بعضه على بعض، ويجمع أيضاً على: ضفائر، وانشقاقه من الضفر، وهو النسج.

(٤) انظر: المغني (٢٢٦/١)، الشرح الكبير (١٠٩/١).

(٥) انظر: الهداية (٢٤/١)، الكافي (٧٣/١).

(٦) انظر: الكافي (٧٣/١)، الشرح الكبير (١٥٧/١).

ولأن حدث الجنابة مع كونه أخف من حدث الحيض يمنعهما، فهو بطريق الأولى.

فصل

٤٤ - لأقل الحيض حد^(١).

ولا حد لأقل النفاس^(٢).

والفرق: أنه بالحيض تعلم براءة الرحم، فوجب تقدير أقله وأكثره، ليحكم بانقضاء العدة به.

بخلاف النفاس، فإنه قد ثبت وجوب الغسل، وبراءة الرحم بالولادة، لا بالنفاس، فلا حاجة إلى تقدير أقله.

كتاب الصلاة

فصل

٤٥ - يكفر المسلم المكلف بترك الصلاة من غير عذر معتقداً وجوبها. في الصحيح من المذهب^(٣).

ولا يكفر بترك غيرها من العبادات. في رواية^(٤).

والفرق: ما روي أن النبي ﷺ قال: «بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة» رواه الإمام أحمد^(٥)، وما روي عنه ﷺ أيضاً أنه قال: «بيننا وبينهم الصلاة، فمن تركها فقد كفر»، رواه الإمام أحمد أيضاً.

ولأنه يحكم بالإسلام على فاعلها، فيحكم بالكفر على تاركها.

(١) وهو يوم وليلة، انظر: الهداية (٢٣/١)، الكافي (٧٤/١)، المحرر (٢٤/١)، الإمتاع (٦٥/١).

(٢) انظر: الكافي (٨٥/١)، المحرر (٢٧/١)، الفروع (٢٨٢/١)، الإمتاع (٧٢/١).

(٣) لكن لا يحكم إلا إذا دعاه الأمر إلى فعلها فأبى، حتى ضاع وقت الفريضة التي بعدها. انظر: الكافي (٩٥/١)، الفروع (٢٩٤/١)، متهى الإرادات (٥٢/١).

(٤) الإنصاف (٤٠٣/١)، الإمتاع (٧٥/١).

(٥) أخرجه ابن حبان (٣٠٤/٤) - ح (١٤٥٣)، وأبو عروانة في مسنده (٦٣/١) - ح (١٧١)، والترمذي (١٣/٥) - ح (٢٦٢٠)، وقال: حسن صحيح. والبيهقي في الكبرى (٣٦٦/٣) - ح (٦٢٩٠)، والدارقطني في سننه (٥٣/٢) - برقم (٤)، والنسائي في الكبرى (١٤٥/١) - ح (٣٣٠)، وابن ماجه (٣٤٢/١) - ح (١٠٧٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٧/٦) - ح (٣٠٣٩٤)، والطبراني في الأوسط (١٤٢/٢ - ١٤٣) - ح (١٥١٤)، والإمام أحمد في مسنده (٣٧٠/٣) - ح (١٥٠٢١).

بخلاف بقية العبادات^(١).

وأيضاً: فإنها تسمى إيماناً، بدليل: أنها لما/ نسخت القبلة قالوا: كيف بأصحابنا الذين ماتوا وهم يصلون نحو بيت المقدس، فنزل: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضَيِّعَ إِيْمَانَكُمْ﴾ [البقرة: الآية ١٤٣]، متفق عليه^(٢)، وإذا كانت إيماناً كفر بتركها، كالتوحيد. ولم يسم غيرها من العبادات إيماناً.

قلت: وفيه نظر، لأنه لا يلزم من كون الشيء إيماناً أن يكون تركه كفراً، فقد قال النبي ﷺ: «الإيمان بضع وسبعون خصلة، أدناها إمطة الأذى عن الطريق»، متفق عليه^(٣).

وطرد قول السامري: أن يكون ترك الإمطة كفراً، وهذا خلف، ثم قوله: وغيرها من العبادات لم يسم إيماناً باطل، إذ العبادات كلها إيمان، خصوصاً على أصلنا في أن الإيمان قول وعمل.

فصل

٤٦ - إذا اشتبهت عليه القبلة في السفر أجزاءه أن يصلي مرة واحدة. بالاجتهاد، ولا يلزمه أن يصلي إلى أربع جهات^(٤).

ولو اشتبهت عليه الشيايب النجسة بالطاهرة صلى في ثوب بعد ثوب بعدد النجس، وزاد صلاة.

والفرق: أن فرضه عند اشتباه القبلة الاجتهاد لا الإصابة، بحيث لو اجتهد فأخطأ صحت صلاته، ولو لم يجتهد فأصاب لم يصح، فلم يجب عليه غير الاجتهاد^(٥).

بخلاف الثانية، فإن فرضه تأدية الصلاة بستره طاهرة بيقين، ولا يحصل ذلك إلا بالتكرار على ما أسلفناه.

(١) انظر: المغني (٢/٤٤٥)، الشرح الكبير (١/١٨٩).

(٢) (ح) أخرجه الطبري (٧/٣٧)، وابن حبان في صحيحه (١٢/١٧٣) - ح (٥٣٥١)، والترمذي (٥/٣٥٤) - ح (٣٠٥٠)، وقال: حسن صحيح، والرويان في مسنده (١/٢٢٩)، والبيهقي في شعب الإيمان (٥/١٧) - ح (٥٦١٧)، واللالكائي في اعتقاد أهل السنة (٤/٨١٧).

(٣) (ح) أخرجه مسلم (١/٦٣) - ح (٣٥).

(٤) انظر: الهداية (١/٣١)، الكافي (١/١١٨)، المحرر (١/٥٢)، الإمتاع (١/١٠٣).

(٥) انظر: الكافي (١/١١٨)، المغني (١/٤٤٩-٤٥٠)، الشرح الكبير (١/٢٥٥)، كشف القناع (١/٣٠٧).

فصل

٤٧ - إذا اشتبهت القبلة فصلّى أربع صلوات إلى أربع جهات أجزأته كلها، مع القطع بكونه صلى ثلاثاً إلى غير القبلة^(١).

ولو لمس مشكل ذكره، وصلى الظهر، ثم توضأ، ولمس فرجه، وصلى العصر، لزمه قضاؤهما^(٢).

والفرق: أن المصلي فرضه الاجتهاد في القبلة كما مر، وقد فعل ذلك في كل صلاة فلم تلزمه الإعادة.

وأما المشكل، ففرضه الصلاة بطهارة صحيحة، فإذا تطهر ومسّ ذكره لم ينتقض وضوؤه، لاحتمال أن يكون امرأة، فالذكر عضو زائد، والطهارة متيقنة، فلا تزول بالشك، فإذا توضأ ولمس قبله وصلى العصر لم ينتقض وضوؤه لاحتمال أن يكون رجلاً، وذلك خلقه زائدة.

ولكن تيقنا أن إحدى صلاتيه باطلة، لأنه إما ذكر فقد بطلت الظهر، وإما امرأة فقد بطلت العصر، فإذا احتمل كون كل منهما باطلة وجب قضاؤهما إبراء لزمته من العبادة، كناسي صلاة من يوم يجهل عينها، فإنه يجب عليه خمس صلوات.

فصل

٤٨ - إذا خفي عليه وقت الصلاة فتحرى وصلى، فبان قبله لم يجزئه^(٣).

ولو اجتهد في القبلة في السفر فأخطأ أجزأه^(٤).

والفرق: أن الوقت يمكنه معرفته يقيناً، بأن يؤخر الصلاة بحيث تقع بعد الوقت قضاء، فإذا لم يؤخر فقد فرط، فلم يجزئه^(٥).

بخلاف القبلة/ فإن فرض المصلي الاجتهاد فيها لا الإصابة كما تقدم^(٦). [ب/٧]

(١) انظر: الهداية (٣٢/١)، المقنع (١٢٩/١)، الفروع (٣٨٨/١)، الإمتاع (١٠٥/١).

(٢) انظر: الإنصاف (٢٠٩/١)، شرح منتهى الإرادات (٦٧/١).

(٣) انظر: الهداية (٢٦/١)، المقنع (١٠٧/١)، المحرر (٢٩/١)، الفروع (٣٠٦/١).

(٤) انظر: الهداية (٣٢/١)، المقنع (١٢٩/١)، المحرر (٥٢/١)، الفروع (٣٨٨/١).

(٥) انظر: الفروع (٣٠٦/١)، المبدع (٣٥٣/١).

(٦) أن المجتهد في القبلة أتى بما أمر به، فخرج عن العهدة كالمصيب، ولأنه صلى إلى غير الكعبة للمعذر، فلم تجب عليه الإعادة، كالخائف يصلي إلى غيرها. ولأنه شرط عجز عنه، فأثبت سائر الشروط وأما المصلي قبل الوقت فإنه لم يؤمر بالصلاة، وإنما أمر بعد دخول الوقت، ولم يأت بما أمر به. انظر: المغني (٤٥٠/١)، الشرح الكبير (٢٥٥/١).

فصل

٤٩ - إذا صلى المسافر فرضاً في سفينة لزمه التوجه إلى القبلة في صلاته كلها^(١).

ولو كانت الصلاة نفلاً لم يلزمه التوجه^(٢).

والفرق: أن الفريضة لا يترك التوجه فيها إلا مع الخوف، وليس بموجود. بخلاف النافلة، فإنه يجوز ترك التوجه فيها، بدليل: جوازها حيث توجهت به راحلته، والسفينة كالراحلة.

فصل

٥٠ - إذا وُهِبَ سترة للصلاة عاديها لم يلزمه قبولها.

ولو أُعير لزمه.

والفرق: أن في الهبة منة.

بخلاف العارية، ولو حصل منة فهي يسيرة^(٣).

فصل

٥١ - يجوز الأذان للفجر قبل دخول وقتها.

ولا يجوز في غيرها من الصلوات^(٤).

والفرق: قوله ﷺ: «إن بلائاً يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم»، متفق عليه، ولو لم يجز لنهاه ﷺ عن ذلك.

ولم يرد مثل ذلك في بقية الصلوات، فبقيت على مقتضى الدليل من أن الأذان إعلام بالوقت، فلا يجوز تقديمه عليه.

وأيضاً، فإن صلاة الفجر يدخل وقتها، والناس نيام، وفيهم الجنب، فاحتيج إلى التقديم ليتأهب المصلون.

بخلاف بقية الصلوات^(٥).

(١) انظر: المغني (٤٣٦-٤٣٥/١)، الشرح الكبير (٢٤٨/١)، الفروع (٨٣/١)، والإماتع (١٠١/١).

(٢) لكن يلزم التوجه إلى القبلة لتكبيرة الإحرام، والركوع والسجود إن لم يشق عليه في المذهب. انظر: الكافي (١٢٢/١)، الفروع (٣٨١/١)، الإنصاف (٦٥/٢)، الإماتع (١٠١/١).

(٣) انظر: المغني (٥٩٤/١)، الشرح الكبير (٣٢٣/١)، المبدع (٣٧١/١)، كشاف الإماتع (١/٢٧٢).

(٤) انظر: الهداية (٢٨/١)، المقنع (٩٩/١)، المحرر (٣٨/١)، غاية المنتهى (٩٤/١).

(٥) انظر: المغني (٤١١-٤١٠/١)، الشرح الكبير (٢٠١/١).

فصل

٥٢ - إذا صلى على منديل، فرأى نجاسة موضع سجوده، فغطاها بطرفه الطاهر، وسجد عليها صحت صلاته.
ولو أخذ بيده طرف المنديل الذي فيه النجاسة، وسجد موضعها بطلت صلاته.
والفرق: أنه في الأولى لم يحمل النجاسة، ولم يصل عليها، فصحت صلاته.
وفي الثانية صلى حاملاً للنجاسة، فبطلت صلاته^(١).

فصل

٥٣ - لا تصح الصلاة في معادن الإبل، وهي التي تقيم فيها.
وتصح في مرايض الغنم^(٢).
والفرق: ما قدمناه بالنقض بلحوم الإبل من قوله ﷺ: «صلوا في مرايض الغنم، ولا تصلوا في معادن الإبل»^(٣)، وقد روي في حديث: «إنها خلقت من الشياطين» والنص قاطع في الفرق.

فصل

٥٤ - إذا صلى ناسياً لحدثه لم تصح الصلاة^(٤).
ولو صلى وعليه نجاسة ناسياً صحت^(٥).
والفرق: أن الطهارة شرط في صحة الصلاة بالإجماع، فلم تصح بدونها، كسائر شروطها.

بخلاف اجتناب النجاسة، فإنه واجب^(٦) يسقط بالنسيان، بدليل: ما روى أبو سعيد رضي الله عنه: «أنه ﷺ خلع نعله في الصلاة، فخلع الناس، فقال: ما بكم خلعتم نعالكم؟ فقالوا: رأيناك خلعت فخلعنا، فقال: إن جبريل أتاني فأخبرني: أن

(١) انظر: المغني (٦٦/٢)، الشرح الكبير (٢٤٢/١)، كشف القناع (٢٩١/١).

(٢) انظر: الهداية (٣٠/١)، الكافي (١٠٩/١)، المحرر (٤٩/١)، الإمتاع (٩٧/١).

(٣) (ج) تقدم تخريجه.

(٤) انظر: الكافي (١٠٩/١)، الفروع (٣٦٦/١)، الروض المربع (٤٦/١).

(٥) انظر: المغني (٦٥/٢)، الإنصاف (٤٨٦/١)، الإمتاع (٩٦/١).

(٦) انظر: في رواية في المذهب، أما الصحيح في المذهب: فإن اجتناب النجاسة شرط من شروط الصلاة. انظر: الكافي (١٠٧/١)، الفروع (٣٦٤/١)، الإنصاف (٤٨٣/١)، الإمتاع (٩٥/١).

فيها قدراً»، رواه أبو داود^(١)، فلولا سقوط ذلك في السهو لاستأنف الصلاة^(٢).

فصل

٥٥ - لا تصح إمامة الأخرس بناطق، ولا بمثله، نص عليه^(٣).
وتصح إمامة الأمي بمثله^(٤).

[١/٨]

والفرق: أن القراءة مأبوسة/ من الأخرس.

بخلاف الأمي^(٥)، قاله القاضي في المجرد.

قلت: وقال صاحب المغني^(٦): القياس صحة صلاته بمثله، وما قاله حق.

ثم على القول بعدم الصحة فما ذكره القاضي ضعيف، لأن اليأس من القراءة وعدمه لا أثر له هنا، غايته: أن الأمي أكمل من الأخرس، فلا يصلح فارقاً.

ويظهر لي فرق، وهو: أن الإمام من وظيفته أن يتحمل عن المأموم القراءة، والأخرس لا ينطق بالقرآن، فإذا ائتمَّ به مثله لم يظهر للائتمام فائدة بخلاف ائتمام الأمي بالأمي، فإنه يتحمل عنه القراءة، وهذا الفرق على ما فيه أولى مما ذكره القاضي.

فصل

٥٦ - العاصي بسفره لا يقصر، ولا يجمع، ولا يفطر، ولا يزيد على مسح مقيم^(٧).

(١) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (١٠٧/٢) - ح (١٠١٧)، والحاكم في مستدركه (٢٣٥/١) - ح (٤٨٦)، وقال: حديث صحيح. والضياء في المختارة (٢٠٤/٥) - ح (١٨٣١)، والدارمي في سننه (٣٧٠/١) - ح (١٣٧٨)، والبيهقي في الكبرى (٤٠٢/٢) - ح (٣٨٩٠)، والدارقطني في سننه (٣٩٩/١)، وعبد الرزاق في مصنفه (٣٨٧/١) - ح (١٥١٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥١١/١)، والبخاري في مسنده (١٦/٥) - ح (١٥٧٠)، والطبراني في الأوسط (٣١١/٤) - ح (٤٢٩٣)، والإمام أحمد في مسنده (٢٠/٣) - ح (١١١٦٩)، والحاثر في مسنده (٢٦٣/١) - ح (١٤٢)، والطبراني في الكبير (٦٨/١٠) - ح (٩٩٧٢).

(٢) انظر: المغني (٦٥/٢)، الكافي (١٠٩/١)، الشرح الكبير (٢٤٣/١).

(٣) المغني (١٩٤/٢)، المحرر (١٠٤/١)، الإنصاف (٢٥٩/٢)، الإمتاع (١٦٧/١).

(٤) انظر: الهداية (٤٥/١)، المقنع (٢٠٤/١)، الإمتاع (١٦٩/١)، الروض المربع (٧٣/١).

(٥) انظر: المغني (١٩٤/٢)، الشرح الكبير (٤٠٣/١)، المبدع (٦٩/٢).

(٦) انظر: الكافي (١٨٤/١)، الشرح الكبير (٤٠٣/١).

(٧) انظر: المغني (٢٦٢/٢)، الشرح الكبير (٤٢٩/١).

ويتيمم عند عدم الماء^(١).

والفرق: أن التيمم ليس برخصة يستباح بالسفر، وإنما هو عزيمة عند عدم الماء حتى في الحضر^(٢).

بخلاف الأشياء المتقدمة، فإنها رخص، والعاصي بسفره لا يترخص^(٣).

فصل

٥٧ - إذا ذكر صلاة سفر في سفر آخر جاز له قصرها^(٤).

وإن ذكرها في الحضر فلم يقضها حتى سافر لم يجز له قصرها^(٥).

والفرق: أن الصلاة المذكورة في الحضر وجب إتمامها بذلك، لأنه مأمور بفعلها حين ذكرها بقوله ﷺ: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها، فذلك وقتها»، رواه الإمام أحمد^(٦)، وغيره^(٧)، وحينئذ تصير صلاة حضر، فيجب إتمامها^(٨).

بخلاف ما إذا لم يذكرها إلا في سفر آخر، فإنه لم تجب عليه في الحضر، ولم يذكرها في الحضر، ليجب إتمامها بذلك، فبقيت صلاة سفر ذكرت في سفر، فلم يجب إتمامها^(٩) كالمذكورة في سفر النسيان.

(١) انظر: المغني (٢٣٤/١)، الشرح الكبير (٤٣٠/١)، المبدع (٢٠٦/١)، منتهى الإرادات (٣٣/١).

(٢) انظر: المغني (٢٣٤/١)، الشرح الكبير (١١٤/١)، كشف القناع (١٦١/١).

(٣) انظر: المغني (٢٦٢-٢٦٣)، الشرح الكبير (٤٣٠/١)، كشف القناع (٥٠٥/١).

(٤) انظر: الهداية (٤٨/١)، المقنع (٢٢٢/١)، المحرر (١٣١/١)، الإمتاع (١٨٢/١).

(٥) انظر: المغني (٢٨٣/٢)، الشرح الكبير (٤٣٩/١)، الإنصاف (٣٢٧/٢)، كشف الإمتاع (١/٥١٢).

(٦) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٤/٣) - ح (١١٤١٣).

(٧) أخرجه مسلم (٤٧١/١) - ح (٦٨٠)، وابن خزيمة في صحيحه (٩٥/٢) - ح (٩٨٩)، وابن حبان في صحيحه (٤٢٢-٤٢٣) - ح (٢٠٦٩)، وأبو نعيم في مستخرج على مسلم (٢٧٥/٢) - ح (١٥٣١)، وأبو عوانة في مسنده (٣٢١/١) - ح (١١٤٢)، والترمذي (٣٣٤/١) - ح (١٧٧)،

والبيهقي في الكبرى (٤٠٣/١) - ح (١٧٥٢)، والدارقطني في سننه (٣٨٦/١) برقم (١٤)،

والشافعي في مسنده (١٦٦/١)، وأبو داود (١١٨/١) - ح (٤٣٥)، والنسائي في الكبرى (١/٤٩٣) - ح (١٥٨٢)، وابن ماجه (٢٢٧/١) - ح (٦٩٦)، والإمام مالك في موطئه (١٣/١) - ح (٢٥)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٤١١-٤١٢) - ح (٤٧٣٨)، وعبد الرزاق في مصنفه (١/٥٨٧) - ح (٢٢٣٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٠٢/١).

(٨) انظر: المغني (٢٨٣/٢)، الشرح الكبير (٤٣٩/١).

(٩) انظر: المغني (٢٨٣/٢)، وقال: أشبه ما لو صلاها في وقتها، الشرح الكبير (٤٣٩/١)، كشف القناع (١/٥١٢).

فصل

٥٨ - إذا دخل المسافر بلداً له فيه زوجة، أو تزوج فيه، ولم ينو إقامة يصير بها في حكم المقيم، لم يجز له القصر^(١).

ولو كان في البلد والده أو ولده، أو له فيه ملك، ونحو ذلك، جاز له القصر.

والفرق: ما روي عن عثمان رضي الله عنه: أنه صلى بمني أربع ركعات، فأنكر الناس عليه، فقال: يا أيها الناس إني تأملت بمكة منذ قدمْتُ، وإني سمعت النبي ﷺ يقول: «من تأهل ببلد، فليصل صلاة مقيم»، رواه الإمام أحمد^(٢).

بخلاف ما إذا كان في البلد والداه أو ولده، فإنه لا يخرج بذلك عن كونه مسافراً.

قلت: وعلة هذا أن مجاثبة الإنسان لزوجته أشد من مجاثبته لولده ووالده، لتكرر داعيته إليها دونهما.

فصل

٥٩ - إذا جمع بين صلاتين في وقت أولاهما لم يفرق بينهما إلا بقدر الإقامة والوضوء.

ولو جمع في وقت الثانية جاز له التفريق^(٣).

والفرق: أن الجمع هو المجوز لتقديم الثانية، فإذا فرق بينهما خرجت/ عن [٨/ب] كونها مجموعة، فلم يجز تقديمها.

بخلاف ما إذا جمع في وقت الثانية، فإن الأولى بنية الجمع جاز تأخيرها، والثانية مفعولة في وقتها، سواء فرق بينهما أو لم يفرق^(٤).

فصل

٦٠ - إذا جمع بينهما في وقت أولاهما، وفرق بينهما بوضوء، ثم بان أنه صلى الأولى محدثاً بطلتا^(٥).

(١) الكافي (٢٠١/١)، المحرر (١٣٢/١)، الفروع (٦٤/٢)، غاية المتهى (٢١١/١).

(٢) (ح) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦٢/١) - ح (٤٤٣)، والضياء في المختارة (٥٠٥/١) - ح (٣٧٤).

(٣) انظر: الهداية (٤٨/١)، الكافي (٢٠٣/١)، المحرر (١٣٥/١)، متهى الإرادات (١٢٦/١).

(٤) انظر: المغني (٢٧٩/٢)، الشرح الكبير (٤٤٨-٤٤٧/١)، كشف القناع (١٠٨/٢).

(٥) انظر: المبدع (١٢٤/٢)، كشف القناع (١٠/٢).

ولو جمع في وقت الثانية، وتوضاً قبلها، فبان أن الأولى بغير وضوء بطلت وحدها.

والفرق: ما تقدم: من أن الثانية إنما جاز تقديمها للجمع، فإذا بطلت الأولى فلا جمع، فبطلت الثانية أيضاً.
بخلاف الثانية، فإن ثانية المجموعتين مفعولة في وقتها.

فصل

٦١- إذا صلى الصبي ظهر يوم الجمعة، ثم بلغ قبل أن تصلى الجمعة، لزمه فرض الجمعة^(١).

ولو صلى العبد، أو المسافر الظهر، ثم عتق أو قدم والإمام في الجمعة، لم تلزمهما^(٢).

والفرق: أنهما أديا الفرض وهما من أهله، فلم يلزمهما شيء آخر^(٣)، أشبه ما لو صليا جمعة في بعض القرى، ثم دخلا المصر وإمامه لم يصل، فإنهما لا يلزمهما الصلاة معه، كذلك هنا.

بخلاف الصبي، فإنه صلى، وليس من أهل الفرض، فلم يسقط عنه فرض الوقت أشبه ما لو صلى تطوعاً، فإنه لا يسقط به الفرض، فظهر الفرق^(٤).

كتاب الزكاة

فصل

٦٢- إذا أخرج عن خمس من الإبل بغيراً لم يجزئه^(٥).

ولو أخرج عن بنت لبون حقة، أو جذعة، أجزأه^(٦).

والفرق: أن الواجب في الخمس شاة، فالبعير من غير الجنس، فلم يجز، كالبعير عن التبع.

(١) إن كانت الجمعة قد صليت، فيلزمه أن يعيدها ظهراً. انظر: المغني (٣٩٩/١)، الكافي (٩٤/١)، كشف القناع (٢٥/٢).

(٢) انظر: الكافي (٢١٤/١)، الشرح الكبير (٤٦٤/١)، المبدع (١٤٥/٢)، كشف القناع (٢٥/٢).

(٣) انظر: المغني (٣٤٤/٢)، الكافي (٢١٤/١)، الشرح الكبير (٤٦٤/١)، مطالب النهي (٧٦٠/١).

(٤) انظر: المغني (٤٠٠/١)، الشرح الكبير (١٨٧/١)، كشف القناع (٢٥/٢).

(٥) انظر: الهداية (٦٤/١)، المقنع (٢٩٦/١)، المحرر (٢١٤/١)، منتهى الإرادات (١٧٨/١).

(٦) انظر: الهداية (٦٥/١)، المقنع (٢٩٨/١)، المحرر (٢١٤/١)، الإمتاع (٢٥١/١).

بخلاف الثانية، فإنه لم ينتقل إلى غير الجنس، بل أخرج من الجنس عن الواجب أجود منه، فصح كالصحيحة عن المراض.

فصل

٦٣- إذا ملك تسعاً وثلاثين شاة، ثم نتجت سخلة^(١) قبل حلول الحول، فلا زكاة فيها حتى يحول الحول عليها وهي كاملة.
ولو ملك مائة وعشرين شاة حولاً [أيوماً]^(٢)، ثم نتجت سخلة، وحال الحول لزمه شاتان.
والفرق: أن ما دون الأربعين ليس سبباً لوجوب الزكاة، فلا ينعقد عليها الحول.

بخلاف النصاب، فإنه سبب لوجوب الزكاة، فانعقد الحول عليه، وكان حكم نتاجه حكمه في وجوب الزكاة، لأنه بعضه.

فصل

٦٤- إذا نوى علف السائمة^(٣) لم ينقطع بها حكم السؤم.
ولو نوى قنيةً غروض التجارة انقطع حول التجارة.
والفرق: أن مسقط زكاة المعلوفة مؤنة علفها، فما لم يوجد لم يسقط.
بخلاف نية القنية، فإن العروض إنما صارت للتجارة بالنية^(٤)، فتصير للقنية بالنية، ويُبطل حكم النية الأولى نية القنية كالعلف، والعزم والتفكر في إيجاد النية كنية العلف^(٥)، فافترقا.

فصل

٦٥- إذا اشترى الخباز ملحاً ليخبز به خبزاً يبيعه، فحال الحول وقيمه نصاباً، وجب عليه زكاة قيمته.

[١/٩]

- (١) انظر: الهداية (٧١/١)، الكافي (٣٠٦/١)، الفروع (٤٣٣/٢)، الإمتاع (٢٦٤/١).
- (٢) انظر: المغني (٧١٠/٢)، الفروع (٤٣٤/٢)، الإنصاف (١١١/٣)، الإمتاع (٢٦٤/١).
- (٣) انظر: المغني (٥٧٨/٢)، الشرح الكبير (٦١٥/١)، المبدع (٣١١/١)، كشف (١٨٤-١٨٥/٢).
- (٤) انظر: الهداية (٦٦/١)، الكافي (٢٨٤/١)، المحرر (٢١٥/١)، غاية المنتهى (٢٨٩/١).
- (٥) انظر: المغني (٦٠٣-٦٢٦/٢)، المبدع (٣٠١/٢)، كشف القناع (١٧٧/٢).

ولو اشترى حطباً لذلك، وحال عليه الحول وقيمته نصاب، فلا زكاة، وكذلك يزكي الصباغ العَصْفَرُ^(١) والنيل^(٢).

بخلاف القَصَّار^(٣)، فإنه لا يزكي قيمة الأَشْنَانِ^(٤) والصابون^(٥).

والفرق: أن العصفر والملح والنيل أعد للاعتياض عنه، لأن ثمن الخبز عوض عن جميع أجزائه، وكذا أجرة الصبغ هي في حكم العوض عن عين النيل والعصفر، فوجبت فيها زكاة التجارة كالسلع.

بخلاف الحطب والأشنان والصابون ونحوه، فإنها غير معدة للاعتياض عن عينها، ولا يقع التسليم عليها، وإنما يستعان بها على القصارة، فهي كالْكُوزَيْنِ^(٦)، وما أشبه ذلك^(٧).

فصل

٦٦- إذا كانت له جارية للخدمة، فنواها للتجارة، لم تصر للتجارة ما لم يبيعها.

ولو كانت للتجارة، فنواها للخدمة، صارت للخدمة^(٨).

والفرق: أنه إذا نواها للتجارة، ولم يفعلها لا تبطل حكم الخدمة بمجرد النية، كما لو نوى المقيم السفر.

بخلاف ما إذا نواها للخدمة وقد كانت للتجارة، لأنه نوى الخدمة، فبطل حكم ما نواه قبله، وصارت للخدمة، كالمسافر ينوي الإقامة، فإنه يبطل حكم السفر ويصير مقيماً، كذا هنا.

والمعنى في ذلك: أن السفر والتجارة عمل فما لم يوجد لا يحكم به، والإقامة

(١) العصفر: نبات صيفي معروف، يستخرج منه صبغ أحمر يصبغ به الحرير ونحوه. انظر: القاموس المحيط (٩١/٢)، المعجم الوسيط (٦٠٥/٢).

(٢) النيل: جنس نباتات، تزرع لاستخراج مادة زرقاء للصبغ من ورقها، تسمى النيل والمراد: هذه المادة. انظر: المعجم الوسيط (٩٦٧/٢).

(٣) القصار: المقطف للثياب بالغسل، سمي بذلك لأنه يدهنها بالقصرة. وهي القطعة من الحبل. انظر لسان العرب (١٠٤/٥).

(٤) الأشنان: بضم الهمزة وكسرهما: اسم معرب، وهو نبات معروف يسمى بالعربية الحرص ينبت في الأرض الرملية ويستعمل في غسل الثياب والأيدي. انظر: المصباح المنير (١٦/١)، المعجم الوسيط (١٩/١).

(٥) انظر: الفروع (٥١٣/٢)، الإنصاف (١٥٤/٣)، الإمتاع (٢٧٧/١).

(٦) الكوزين: بضم الكاف وكسر الذال: مولد، وهو خشبة ثقيلة، يدق بها القصار الثياب لتنظيفها.

(٧) انظر: الفروع (٥١٣/٢)، المبدع (٣٨٢/٢)، كشاف القناع (٢٤٤-٢٤٣/٢).

(٨) انظر: الهداية (٧٣/١)، الكافي (٣١٦-٣١٥/١)، الفروع (٥٠٥/٢)، كشاف القناع (٢٤١/٢).

والخدمة ترك العمل، والترك يحصل مع النية من غير عمل، فلذلك افترقا.

قلت: والصحيح: أنه لا فرق بين الصورتين، لأن الشارع أوجب الزكاة في الأموال المعدة للاكتساب والتجارة، والجارية في ما نحن فيه صارت بالنية معدة لذلك، فتجب فيها الزكاة، هذه إحدى الروايتين^(١)، وهو الصحيح كما قلنا، ثم قياسهم ذلك على المقيم ينوي السفر في غاية البعد، لأن السفر حالة فعله لا مدخل للنية فيه، وكون الشيء معداً للتجارة أمر يحصل بالنية.

ألا ترى أنه إذا اشترى سلعة للتجارة فإن النية هنا صيرتها للتجارة، لأنه لم يبعها بعد، وشرائه لها ليس تجارة، فلم يحصل فيها فعل صيرها للتجارة، وليس إلا النية، وذلك كالمسافر ينوي الإقامة، لأنها تحصل بالنية.

ثم العجب من قول الشيخ: إن السفر والتجارة عمل، فما لم يوجد لا يحكم به، والإقامة والخدمة ترك العمل، فإن التجارة إن أراد بها نفس البيع والشراء، فهذا عمل لا شك فيه، وإن قصد أن صيرورتها للتجارة عمل، فغير سليم.

وقوله: الإقامة والخدمة ترك العمل فمسلم في الإقامة، ممنوع غاية المنع في الخدمة فإنها عمل، وتصيير العبد للتجارة ترك عمل، لأن المعد للتجارة لا يستخدم غالباً، فإذا صار للخدمة أخذ فيها، وإذا كان للخدمة فنوى للتجارة ترك الخدمة وأخذ في الرفاهية لتزيد قيمته، فقد بان بهذا/ أن الخدمة عمل، وربما فهم من هذا التقرير: [٩/ب] أنه إذا نوى المعد للتجارة للقنية لا تصير إلا بعمل ولا تكفي النية، وليس هذا بمقصود لنا، بل نقول: تكفي النية في ذلك، لأن القنية أعم من الخدمة، فافهمه توفق للصواب إن شاء الله تعالى.

فصل

٦٧- إذا ملك بالوصية عروضاً، ونواها حال تملكها للتجارة، صارت للتجارة وزكاه^(٢).

ولو ملكها بالميراث، ونوى ذلك لم تصر للتجارة^(٣).

والفرق: أن الوصية سبب يحصل به الملك من جهته، بدليل: أنه لو لم يقبل لم يملك، فصار كالاشترى إذا نوى به التجارة.

وليس كذلك الميراث، لأنه يملكه قهراً، ولأنه يدخل في ملكه رضى أم سخط،

(١) انظر: المغني (٣/٣٦)، الشرح الكبير (١/٦٧١)، الإنصاف (٣/١٥٣).

(٢) انظر: المغني (٣/٣١)، الشرح الكبير (١/٦٧١)، الإمتاع (١/٢٧٦)، شرح المتهى (١/٤٠٧).

(٣) انظر: الهداية (١/٧٣)، المفتع (١/٣٣٠)، المحرر (١/٢١٨)، الإمتاع (١/٢٧٦).

وإذا لم يوجد منه سبب كان كما لو نوى ما يملكه للفقنية للتجارة، فإنه لا يصير للتجارة، فكذلك هنا^(١).

وقد قررنا أن ذلك يصير للتجارة، فكذا هذا.

فصل

٦٨- إذا خرصت الثمار^(٢) على أربابها، وجب على الخارص أن يترك لهم الثلث أو الربع^(٣).

فأما الزروع، فقال القاضي: قياس المذهب أن لا يترك لهم منها شيء^(٤). والفرق: أن الأصل أن لا يوضع من الثمار، ولا من الزروع، لكن أمر النبي ﷺ بالوضع في الثمار بقوله: «إذا خرصتم فدعوا الثلث أو الربع»، رواه أبو داود، والترمذي، وغيرهما، بقيت الزروع على مقتضى الأصل. وأيضاً: النفوس تنوق إلى الثمار أكثر من الزروع^(٥).

فصل

٦٩- إذا سرق المال أو غصب، ثم عاد إلى مالكه لم تجب زكاته لما مضى. وإن غصب رب المال، بأن حبس وجبت زكاته لما مضى^(٦). نقله الميموني. والفرق: أن الزكاة تجب في المال المعد للنماء، والمال المغصوب ونحوه لا يمكن فيه ذلك، لأنه لا قدرة لمالكه عليه، فلم تجب زكاته. بخلاف ما إذا حبس ربه، فإن يده عليه، ويمكنه تنميته بوكيل، فلم يخرج عن إرصاده للتنمية^(٧).

فصل

٧٠- لا تجب زكاة المال المغصوب والضال.

(١) انظر: المغني (٣/٣١)، الشرح الكبير (١/٦٧١).

(٢) خرص الثمار: الحزر والتقدير لثمرتها، انظر: المطلع ص ١٣٢، القاموس المحيط (٢/٣٠٠).

(٣) انظر: الهداية (١/٧١)، والكافي (١/٣٠٦)، الفروع (٢/٤٣٣)، الإمتاع (١/٢٦٤).

(٤) انظر: المغني (٢/٧١٠)، الفروع (٢/٤٣٤)، الإنصاف (٣/١١١)، الإمتاع (١/٢٦٤).

(٥) انظر: المغني (٢/٧١٠)، الشرح الكبير (١/٦٥٠).

(٦) انظر: الكافي (١/٢٨٠)، الفروع (٢/٣٢٦)، الإمتاع (١/٢٤٥).

(٧) انظر: المغني (٣/٥٠)، الشرح الكبير (١/٥٩٨)، كشاف القناع (٢/١٧٥).

وتجب صدقة الفطر عن عبده إذا كان كذلك^(١).
والفرق: أن الزكاة في المال المستتمي، وعدم القدرة عليه في مسألتنا منع وجوبها^(٢).
بخلاف زكاة الفطر، فإن موجبها الملك، وهو لا يتأثر بذلك^(٣).

فصل

٧١- إذا حال الحول على عبيد للتجارة وجب زكاة فطرتهم مع زكاة قيمتهم. نص عليه^(٤).
ولو حال الحول على نصاب من الماشية، وهي سائمة للتجارة، أو حال الحول على نخيل للتجارة وقد أثمرت، فلا زكاة إلا للتجارة^(٥).
والفرق: أن الفطرة وزكاة القيمة حقان مختلفا السبب والمحل، فلا منافاة، كالجزاء والقيمة في قتل الصيد المملوك.
وبيان الاختلاف: أن الفطرة حق البدن، وزكاة القيمة حق المال.
وليس كذلك زكاة السوم والتجارة، لأن السبب واحد وهو المال/، فلا يجب [١٠/]
به حقان^(٦).

فصل

٧٢- نقصان النصاب في أثناء الحول شهراً أو شهرين يمنع وجوب الزكاة^(٧).
ونقصان السوم لذلك لا يمنع^(٨).
والفرق: أن مقدار النصاب أصل، والسوم صفة، ونقصان الأصل يمنع.
بخلاف نقصان الصفة، بدليل ما لو ملك أربعين شاة عشرة أشهر، فولدت تسعة

(١) إن كان يعلم حياته سواء رضي رجعته، أو أيس منها: فإن شك في حياته فإنها لا تجب عليه لأنه يعلم بقاءه والأصل براءة الذمة. انظر: المغني (٧١/٣)، الشرح الكبير (٦٨٢/١)، المبدع (٢/٣٨٨)، كشاف القناع (٢/٢٥٠).

(٢) انظر: المغني (٧١/٣)، الشرح الكبير (٦٨٢/١)، المبدع (٢/٣٨٨)، كشاف القناع (٢/٢٥٠).

(٣) انظر: المغني (٧١/٣)، الشرح الكبير (٦٨٢/١).

(٤) انظر: المغني (٧٠/٣)، الشرح الكبير (٦٧٩/١)، القروع (٢/٥٢٢)، كشاف القناع (٢/٢٤٧).

(٥) انظر: الهداية (٧٣/١)، الكافي (٣١٨/١)، المحرر (٢١٨/١)، الإمتاع (١/٢٧٦-٢٧٧).

(٦) انظر: المغني (٧١/٣)، الشرح الكبير (٦٧٩/١)، كشاف القناع (٢/٢٤٧).

(٧) انظر: الكافي (٢٨٣/١)، المحرر (٢١٨/١)، القروع (٢/٣٣٩)، الإمتاع (١/٢٤٦).

(٨) انظر: الكافي (٢٨٥/١)، المحرر (٢١٤/١)، القروع (٢/٣٥٣)، الإمتاع (١/٢٤٨).

وثلاثين سخلة، ومائت والودات، وبقي السخال والشاة الأخرى، ثم تم الحول، لم تسقط الزكاة في الصحيح من المذهب^(١)، لوجود كمال النصاب في كل الحول، ولو مائت شاة واحدة، وبقي تسع وثلاثون، وتم الحول، لم تجب الزكاة لنقصان النصاب، ففي الأولى نقصت الصفة فلم تؤثر، وهنا نقص الأصل فأثر.

فصل

٧٣- ما زاد على نصاب النقيدين تجب الزكاة فيه بحسابه وإن قل، وكذا الزروع والثمار.

بخلاف ما زاد على نصاب المواشي، فإنه يعتبر فيه الأوقاص المعتبرة بين النصب^(٢).

والفرق: أنا لو أوجبت الزكاة في الوقص لم يخل:

إما أن نوجب في ست من الإبل شاتين، فنجحف برب المال، أو شاة وخمساً، فيفضي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، فضرب الشرع الأوقاص لطفاً بأرباب الأموال.

بخلاف زكاة النقيدين والزروع والثمار، فإنه إذا أخذ مما زاد على النصاب أخذ بالحساب، ولا يفضي إلى ما ذكرنا من الضرر.

وأيضاً: فإنها أموال تتجزأ وتتبعض، بخلاف المواشي^(٣).

فصل

٧٤- إذا ورث جماعة أموالاً فيها زكوي، فحصل لكل منهم نصاب، أو حصل النصاب لجماعتهم^(٤)، وجبت الزكاة فيه قبل القسمة.

ولو ملكوا ذلك بالغنيمة لم يجر ذلك في حول الزكاة إلا بعد القسمة.

والفرق: أن ملك الوراث على ما ورثوه مستقر ثابت، فلذلك جرى في حول الزكاة، كما لو اشتروه.

بخلاف الغنيمة، فإن الأمر فيها راجع إلى الإمام، فله أن يقسم الأصناف بينهم، وله أن يخص كلاً منهم بصنف، فلم يجر في حول الزكاة، لعدم تعيينه لمالك.

(١) انظر: الكافي (٢٨٤/١)، المغني (٦٢٩/٢)، المبدع (٣٠١/٢)، كشف القناع (١٧٨/٢).

(٢) انظر: المقنع (٢٨٧/١)، الفروع (٣٢١/٢)، الإمتاع (٢٤٣/١).

(٣) انظر: المغني (٧٠٢/٢)، المبدع (٢٩٢/٢).

(٤) انظر: المغني (٦١٩/٢)، الشرح الكبير (٦٣٠/١)، غاية المتهى (٢٨٨/١).

فلو كانت الغنيمة جنساً واحداً زكويّاً جرى في الحول قبل القسمة، كالميراث سواء، لعدم ما ذكرناه في الأجناس^(١).

فصل

٧٥- إذا كان نصيب الغانمين بعد الخمس نصاباً زكويّاً، وشروط الخلطة موجودة جرى^(٢) في حول الزكاة.

وإن لم يكمل نصاباً إلا بالخمس أو بعضه لم يجر^(٣).
والفرق: أن الخمس لا زكاة فيه، لأن أهله غير متعينين، فهو كمال النفيء، وإذا لم يكن فيه زكاة لم يكمل النصاب، فلم يجر في الحول.

فصل

٧٦- إذا ملك عقاراً قيمته نصاب فأكثر، لم تجب زكاة قيمته، سواء كان للسكنى أو للكرء^(٤).

[١٠/ب]

ولو/ ملك حلياً للكرء وجبت زكاة قيمته^(٥).
والفرق: أن العقار ليس من الأموال الزكوية، أعني: التي تجب الزكاة في عينها، فإذا لم تكن للتجارة فلا زكاة فيها، كالخيل والبغال^(٦).
بخلاف الحلي، فإنه من الأموال الزكوية، فإذا أرصده للكرء فقد أعدّه للنماء، فوجبت زكاته^(٧).

فصل

٧٧- إذا كاتب عبده على نصاب، فحال الحول عليه ولم يقبضه، فلا زكاة حتى يحول الحول بعد القبض^(٨).

(١) انظر: المغني (٤٨/٣)، الشرح الكبير (٥٩٧/١)، الفروع (٣٣٦/٢)، شرح منتهى الإرادات (١/٣٦٨).

(٢) انظر: الكافي (٢٩٦/١)، المبدع (٣٢٤/٢).

(٣) انظر: المغني (٤٨/٣)، الشرح الكبير (٥٩٧/١).

(٤) انظر: الفروع (٥١٣/٢)، الإنصاف (١٦١/٣)، الإمتاع (٢٤٢/١)، الروض المربع (١١٥/١).

(٥) انظر: الهداية (٧٣/١)، الكافي (٣١١/١)، المحرر (٢١٧/١)، منتهى الإرادات (١٩٧/١).

(٦) انظر: كشاف القناع (١٦٨/٢)، مطالب أولي النهى (٥/٢).

(٧) انظر: المغني (١٢/٣)، الشرح الكبير (٦٦٦/١)، كشاف القناع (٢٣٥/٢).

(٨) انظر: الهداية (٦٣/١)، الكافي (٢٧٨/١)، المحرر (٢١٩/١)، الفروع (٣٢٣/٢)، الإمتاع (١/٢٤٣).

ولو أصدقها نصاباً فحال الحول عليه قبل القبض والدخول، لزمها زكاته.
وكذا إذا أسلم إليه إنسان نصاباً في طعام إلى أكثر من حول.
أو قبض ثمن ما باعه مما يحتاج إلى قبض، ولم يقبض المبيع حتى حال عليه الحول.

أو أجر داراً سنين بنصاب.

فإنَّ الزكاة تجب على المرأة، وإن كان ملكها للمهر بعرض الزوال بردتها، وعلى المسلم إليه إذا تم الحول بعد القبض مع تعرض ملكه للزوال عنها بانفساخ عقد السلم لتعذر المسلم فيه، وعلى البائع مع أن ملكه عليها معرض للزوال بتلف المبيع قبل قبضه، وعلى المؤجر إذا تم الحول مع إمكان زوال ملكه عنها بانفساخ العقد لانهدام الدار^(١).

والفرق بين هذه المسائل، ومسألة الكتابة:

أن مال الكتابة لا يتم ملكه عليه إلا بقبضه، بدليل: ما لو حلت النجوم فأعتقه قبل الأداء لم يثبت له في ذمته شيء، ولأن عقد الكتابة غير لازم من جهة العبد، لأنه يملك تعجيز نفسه مع قدرته على الكسب، فالملك على العوض غير تام فلذا لم يجز في الحول، كمال العبد^(٢).

وليس كذا بقية المسائل، لأن الملك في عوضها تام، بدليل: صحة التصرف فيه، ولو كانت الأجرة، أو مال المسلم، أو ثمن المبيع جارية جاز لقبضها وطؤها ولا يجوز إلا في ملك تام، وإذا كان الملك تاماً وجبت الزكاة، وتعرض العوض للزوال في هذه المسائل لا يمنع الزكاة، إذ جميع الأموال معرضة للزوال بتلفها، أو تلف ربحها، وليس ذلك بمانع^(٣).

فصل

٧٨- يلزم العامل في المساقاة والمزارعة زكاة حصته قبل القسمة^(٤).

ولا يلزم ذلك المضارب حتى يقتسما^(٥).

(١) انظر: المغني (٤٧/٣)، الشرح الكبير (١/٥٩٦-٥٩٧)، الإمتاع (١/٢٤٣).

(٢) انظر: الكافي (١/٢٧٩)، الشرح الكبير (١/٥٩٤)، المبدع (٢/٢٩٣)، كشف القناع (٢/١٧٠).

(٣) انظر: المغني (٤٧/٣)، الشرح الكبير (١/٥٩٧)، المبدع (٢/٢٩٦)، كشف القناع (٢/١٧٢-١٧١).

(٤) انظر: المغني (٢/٧٢٨)، الشرح الكبير (١/٦٥١)، الفروع (٢/٤٣٦).

(٥) انظر: المقنع (١/٢٨٧)، الكافي (١/٢٧٩)، الإمتاع (١/٢٤٣)، منتهى الإرادات (١/٧٤).

والفرق: أنه في المزارعة والمساقاة يستقر ملك العامل على حصته بالظهور،
بدليل:

أنه لو ذهب من الزرع والثمرة مهما ذهب كان الباقي بينهما .
وليس كذلك المضارب، لأن ملكه غير مستقر على الربح حتى يقسم، لإمكان
أن يتلف شيء من المال، فيجبر من الربح^(١).

فصل

٧٩- ما لا يشترط له الحول كالزروع والمعدن لا تنى عليه الزكاة .
وما يشترط له الحول/ كالمواشي والنقدين تتكرر فيه الزكاة بتكرر الحول . [١/٨١]
والفرق: أن الزكاة شرعت مواساة، فاقتضى ذلك وجوبها في الأموال المستنماء
في كل حول، لحصول النماء منها، كالماشية والنقود .
وليس كذلك الزروع والثمار، لأنها لا يحصل منها نماء بعد ظهورها، فلا
تجب فيها زكاة ثانية، كالعوامل^(٢).

فصل

٨٠- قلت: يشترط حول الحول في وجوب زكاة الماشية، والنقدين، وعروض
التجارة .

ولا يشترط في الزروع والثمار والمعدن، والركاز .
والفرق: أن الحول إنما اعتبر رفقاً بأرباب الأموال، ليحصلوا في مدة الحول
ما يؤدون منه الزكاة، وليتكامل فيه نماء المزكى الذي يستنمي، كالشاة والنقود
والعروض للتجارة، فإذا تكامل نماؤه أدبت زكاته .
وليس كذلك الزروع والثمار، والمعدن، والركاز، فإن الزروع لا يرجى لها
نماء بعد ظهورها، والمعادن والركاز كلها نماء، فلا يتظر لها ربح آخر .

فصل

٨١- تصرف الزكاة إلى الغزاة الذين لا حق لهم في الديوان مع الغنى، ولا
يجوز صرفها إلى من يحج إلا مع الفقر^(٣) .

(١) انظر: المغني (٣/٣٩)، الشرح الكبير (١/٥٩٥)، كشف القناع (٢/٢١٨).

(٢) انظر: المغني (٢/٦٢٥-٧٠٢)، الشرح الكبير (١/٦٠٣-٦٠٤)، المبدع (٢/٣٠٠)، كشف القناع
(٢/١٧٧).

(٣) الهداية (١/٨٠)، الكافي (١/٣٣٥)، الإنصاف (٣/٢٣٥-٢٣٦).

والفرق: أن الحاج يأخذها لمصلحة نفسه، فاشترط فقره المجوز لدفعها.
بخلاف الغازي، فإنه يأخذها لمصلحة الإسلام والمسلمين، وهذه العلة
موجودة مع الغني في غناه^(١).

فصل

٨٢- أجره كيال الزروع والثمار ليعلم قدرها تخرج من سهم العامل.
وأجره كيال الزكاة لتقيضها العامل من رب المال. ذكرهما القاضي في
المجرد.

والفرق: أن كيل أصول الأموال هو لتحقيق مقدار الواجب، وذلك داخل فيما
يلزم العامل، كأجرة الكاتب والحاسب فإنها على العامل، فكذا هذا.
بخلاف أجره كيال الزكاة، فإن تقيضها واجب على المؤدين لها، ولا يحصل
إلا بالكيل كما يلزم من باع مكيلاً أجره كيله، لأن عليه تقيضه^(٢).

فصل

٨٣- لا يلزم الإنسان فطرة زوجته الناشز^(٣).
وتلزمه فطرة عبده الآبق^(٤).
والفرق: أن الفطرة تابعة للنفقة، لما روي أنه ﷺ قال: «أدوا الفطرة عمن
تموتون، رواء الدارقطني^(٥)، والناشر لا نفقة لها^(٦).
بخلاف العبد، فإن نفقته واجبة، لأن سببها الملك، والإباق لا يؤثر فيه،
فتجب فطرته^(٧)، والله تبارك وتعالى أعلم.

-
- (١) انظر: الكافي (١/٢٣٥)، الشرح الكبير (١/٧١٥)، كشف القناع (٢/٢٨٣، ٢٨٤).
(٢) انظر: المغني (٢/٦٥٤-٦٥٥)، الشرح الكبير (١/٧١١)، كشف القناع (٢/٢٧٤).
(٣) انظر: الكافي (١/٣٢٢)، المحرر (١/٢٢٦)، الفروع (٢/٥٣٠)، غاية المتهي (١/٣٢١).
(٤) إنما تلزمه إن كان يعلم حياته سواء رضي رجعت، أو أيس منها، فإن شك في حياته فإنها لا تجب
عليه، لأنه لا يعلم بقاء ملكه عليه، والأصل برامة الذمة. انظر: الهداية (١/٧٦)، الكافي (١/
٣٢١)، المحرر (١/٢٢٦)، الفروع (٢/٥٣٠)، كشف القناع (٢/٢٥٠).
(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/١٦٦) - ح (٧٤٧٤)، والدارقطني في سننه (٢/١٤٠) برقم (١١)،
والإمام الشافعي في سننه (١/٩٣).
(٦) انظر: الكافي (١/٣٢٢)، الشرح الكبير (١/٦٨٣)، المبدع (٢/٣٨٩)، مطالب النهي (٢/١٠٩).
(٧) انظر: المغني (٣/٧١)، الشرح الكبير (١/٦٨٣)، المبدع (٢/٣٨٨)، كشف القناع (٢/٢٥٠).

كتاب الصيام

فصل

٨٤- لا يصح صيام الواجب إلا بنية الليل^(١).

ويصح صوم النفل بنية من النهار^(٢).

والفرق: أن الصوم كله يجب بنية ليلاً، لقوله ﷺ: «من لم يجمع الصيام من الليل فلا صيام له»، رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما^(٣)، خرج النقل بما روي عن عائشة رضي الله/ عنها قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ ذات يوم، فقال: «هل [١] عندكم شيء»، قلنا: لا، قال: «إني إذا صائم». رواه مسلم^(٤)، بقي الفرض على عموم الأول.

وأيضاً، فإن النفل يطلب تكثيره، فسهلت طريقه. كما سُمح في صلاة النفل على الراحلة، بخلاف الفرض^(٥).

فصل

٨٥- إذا نوى الصوم ليلاً، ثم فعل ما ينافيه، لم تنسخ نيته ما لم يفسخها^(٦).

ولو نوى صوم جميع الشهر، وقلنا: يصح^(٧)، فأفطر في بعض أيامه لعذر، أو

(١) انظر: الهداية (٣٨/١)، المقنع (٣٤٩/١)، المحرر (٢٢٨/١)، غاية المتهى (٣٥٠/١).

(٢) قبل الزوال أو بعده في الصحيح، انظر: الهداية (٣٨/١)، المقنع (٣٥٩/١)، الفروع (٤٣/٣)، غاية المتهى (٣٥٠/١).

(٣) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٢١٢/٣) - ح (١٩٣٣)، والترمذي (١٠٨/٣) - ح (٧٣٠)، وقال: لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، والدارمي (١٢/٢) - ح (١٦٩٨)، والبيهقي في الكبرى (٤/٢٢١) - ح (٧٨٢٦)، والدارقطني في سنته (١٧٢/٢) - ح (٣)، وأبو داود (٣٢٩/٢) - ح (٢٤٥٤)، والنسائي في الكبرى (١١٦/٢) - ح (٢٦٤٢)، والإمام أحمد في مسنده (٢٨٧/٦) - ح (٢٦٥٠)، والطبراني في الكبير (٢٣/٢٠٩) - ح (٣٦٧)، والمروزي في المسنة (٣٧/١) - ح (١١٧)، والخطيب في تاريخ بغداد (٩٢/٣)، وانظر: التحقيق لابن الجوزي (٦٦/٢) بتحقيق. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢٧٥/١)، خلاصة البدر المنير (٣١٩/١).

(٤) أخرجه مسلم (١٥٩/٣).

(٥) انظر: المغني (٩٢/٣)، الشرح الكبير (٢٠/٢)، المبدع (٢١/٣)، كشاف القناع (٣١٧/٢).

(٦) انظر: الكافي (٣٥١/١)، الشرح الكبير (٢٠/٢)، الفروع (٣٩/٣)، الإمتاع (٣٠٨/١).

(٧) انظر: أي أن يكتفي بنية واحدة لصوم جميع الشهر. انظر: الكافي (٣٥١/١)، الفروع (٤٠/٣)، الإنصاف (٢٩٥/٣)، كشاف القناع (٣١٥/٢).

غيره، انفسخت نيته^(١).

والفرق: أن أكله ليلاً لا يبطل حكم نيته، لأن حكمها صوم النهار، فهي على صحتها^(٢).

بخلاف ما إذا أفطر بعض أيام الشهر، فإن حكم النية تغير، لأن حكمها صوم جميع أيام الشهر، فإذا أفطر بعضها لم يصح صيام ما بعده إلا بنية جديدة.

فصل

٨٦- يثبت هلال الصوم بقول عدل.

ويفتقر سائر الشهور إلى عدلين^(٣).

والفرق: أن الأصل أن لا يثبت شهراً إلا بشهادة عدلين، لأنها شهادة محتملة للثمة، فافتقرت إلى عدلين، كسائر الشهادات، لكن خرج رمضان بما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: رأيت الهلال، فقال: «أتشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله»، قال: نعم، قال: «يا بلال أذن في الناس فليصوموا غداً»، رواه الترمذي وغيره^(٤).
وأيضاً، فالاحتياط للعبادة يقتضي ذلك^(٥).

فصل

٨٧- إذا صام الناس بشهادة عدلين ثلاثين يوماً، ولم يروا هلال شوال لغيم أفطروا^(٦).

ولو عدموا الهلال مع الصحو لم يفطروا^(٧).

- (١) انظر: الفروع (٤٠/٣)، المبدع (١٩/٣)، الإنصاف (٢٩٥/٣).
- (٢) انظر: المغني (٩٢-٩٣/٣)، الشرح الكبير (٢٠/٢)، الفروع (٣٩/٣).
- (٣) انظر: الهداية (٨٢/١)، المقنع (٣٥٣-٣٥٤)، المحرر (٢٢٨/١)، الإمتاع (٣٠٣/١).
- (٤) أخرجه الترمذي (٧٤/٣)، وأبو داود (٣٠٢/٢) - ح (٢٣٤٠)، والنسائي في الكبرى (٦٨/٢) - ح (٢٤٢٢)، وانظر: تحفة المحتاج (٧٧/٢).
- (٥) انظر: المغني (١٥٧/٣)، الشرح الكبير (٦/٢)، الفروع (١٤/٣)، المبدع (٨/٣)، كشف القناع (٣٠٤/٢).
- (٦) انظر: الهداية (٨٢/١)، الكافي (٣٤٩/١)، الفروع (١٦/٣٢)، الإقناع (٣٠٣/١)، والصحيح من المذهب أنهم يفطرون كما لو كان فيه غيم.
- (٧) ولضعف القول الذي ذكره المصنف لم يشر إليه كثير من المصنفين الذين يشيرون إلى الخلاف بل أطلقوا القول وجهاً واحداً معللين بما علل به المصنف هنا للمسألة الأولى. انظر: الكافي (١/٣٤٩)، الفروع وتصحيحه (١٦/٣)، الإنصاف (٣٧٥/٣)، كشف القناع.

والفرق: أن شهادة العدلين في الأولى يجب بها الصوم والفطر، فإذا أكملوا العدة، ولم يوجد ما يقدح في شهادتهما وجب الفطر، كما لو شهدا بهلال شوال^(١).

بخلاف عدم الهلال مع الصحو، لأن عدم الهلال مع الصحو يقين، والحكم بالشهادة ظن، فلا ينهض لمعارضته، وقد وجد ما يقدح في شهادتهما، واتضح أن ما رآه كان خيالاً، لأنها لو كانت رؤية صحيحة لما تصور عدم هلال شوال، خصوصاً والحال يقتضي بكونه يكون أكثر مما شهدوا به مع توفر الدواعي على رؤيته، فهذا أوضح دليل على بقاء رمضان، وأن رؤيتهما غير صحيحة، فيجب الصوم ببقية أيامه^(٢).

فصل

٨٨- إذا أدركه الفجر مجامعاً، فعليه القضاء والكفارة^(٣).
ولو حلف لا يلبس ثوباً [هو لابس]، أو لا يسكن داراً هو ساكنها فخلعه، وخرج منها، لم يحنث^(٤).

والفرق: أن النزع جماع، بدليل: الذلة^(٥).

بخلاف نزع القميص، والخروج من/ الدار، فإنه ليس لبساً ولا سكنى. [١٨٢]

فصل

٨٩- قد بان أنه يفسد صومه بالنزع، فلو قال: إن وطئتك فأنت طالق، فأولج طلقت، فإذا نزع لم يلزمه مهر ولا حد.

والفرق: أن باب الإفساد أوسع، بدليل: أنه إذا وطئ في نهار رمضان فسد صومه، ولا مهر ولا حد، فافترقا.

قلت ويمكن الفرق بأن حصول الذكر في الفرج مما ينافي الصوم، فإذا وجد معه أفسده.

بخلاف عدم إيجاب المهر والحد في المسألة المذكورة، فإن الوطء وطء من

(١) انظر: كشاف القناع (٣/٣٠٥)، شرح منتهى الإرادات (١/٤٤١)، مطالب أولي النهى (٣/١٧٤).

(٢) انظر: الفروع (٣/١٢١٦)، الإنصاف (٣/٣٧٥)، المبدع (٣/٩).

(٣) الكفارة في الصيام: عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً. انظر: الهداية (١/٤٨)، الكافي (١/٣٥٨)، الروض المربع (١/١٢٧).

(٤) انظر: الهداية (٢/٣٣-٣١)، الكافي (٤/٤٠٨)، الفروع (٦/٣٨٥)، غاية المنتهى (٣/٣٨٨).

(٥) انظر: المغني (٣/١٢٦)، الشرح الكبير (٢/٣٨)، المبدع (٣/٣٢)، كشاف القناع (٢/٣٢٥).

يجوز له وطؤها، ثم حرمت عليه بعد، وهو لم يطأها ليجب عليه حد ومهر، ولكنه فعل ما يجب عليه فعله من التخلص من الحرام بالنزع، فافترقا^(١).

فصل

٩٠- إذا أكل شاكاً في طلوع الفجر لم يقض.
وإن أكل شاكاً في غروب الشمس قضى^(٢).
والفرق: أن الأصل بقاء الليل والنهار^(٣)، فافترقا

فصل

٩١- إذا أكل معتقداً بقاء النهار، فبان [أن] الشمس قد غابت، فصومه صحيح.
ولو أكل معتقداً طلوع الفجر، فبان أنه أكل قبل طلوعه لم يصح صومه.
والفرق: أنه في الأولى قصد إبطال ما قد تم وكمل، فلم يؤثر، أشبه ما لو نوى إبطال صلاة قد أتمها، فإنه لا يؤثر، فكذا هنا.
بخلاف الثانية، فإنه قصد الإفطار بالنهار، فزالت نية الصوم بإبطاله واعتقاده، فلم يصح صومه بعد، لعدم النية من الليل، فلو عاد فنوى قبل الفجر صح صومه، وهذا في الفرض، فأما النفل فيصح بنية من النهار على ما مر.

فصل

٩٢- إذا نوى الإفطار أفطر، فإن عاد فنوى الصوم أجزأه في النفل، دون الفرض^(٤).
والفرق: أن النفل يصح بنية من النهار.
بخلاف الفرض، فإنه لا بد له من نية من الليل، كما تقرر، وهذا عادم لها، فبطل صومه^(٥).

فصل

٩٣- إذا تلبس بنفل صوم أو صلاة لم يلزمه إتمامه، ولا قضاؤه إن أفسده.

- (١) انظر: المغني (٣٢٦/٧)، الشرح الكبير (٥٥٧/٤)، المبدع (٢٧/٨)، كشاف القناع (٣٦٦/٥).
- (٢) انظر: الهداية (٨٣/١)، المقنع (٣٦٣/١)، المحرر (٢٢٩/١)، الروض المربع (١٢٦/١).
- (٣) انظر: الكافي (٣٥٠/١)، المغني (١٣٧/٣)، الشرح الكبير (٣١/٢)، المبدع (٢٩/٣).
- (٤) الكافي (٣٥١/١)، المحرر (٢٢٨/١)، الفروع (٤٤/٣)، منتهى الإرادات (٤٢٠/١).
- (٥) المغني (١١٩/٣)، الشرح الكبير (٢٢/٢).

ولو تلبس بنفل حج أو عمرة لزمه ذلك^(١).

والفرق: ما روي عن جويرية بنت الحارث رضي الله عنها قالت: دخل علي رسول الله ﷺ يوم الجمعة، وأنا صائمة، فقال لي: «أصمت أمس؟»، قلت: لا، قال: «أتصومين غداً؟»، قلت: لا، قال: «فأطري». رواه البخاري، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: أهدي لنا حيس، فدخل رسول الله ﷺ فقلت: أهدي لنا حيس، فقال: «أدنيه» فأكل ثم قال: «إني كنت صائماً»، رواه مسلم^(٢). وعن أم هانئ قالت: لما كان يوم الفتح أحضر لرسول الله ﷺ إناء فيه شراب فشرب، ثم ناولني فشرب/ منه، [١٢/بها] ثم قلت: أفطرت؟ وكنت صائمة، فقال: «أكنت تقضين شيئاً؟» قلت: لا، قال: «فلا يضرك إذا كان تطوعاً»، رواه الإمام أحمد وأبو داود^(٣).

وفي رواية للدارقطني: «إن كان قضاء فاقضي يوماً مكانه، وإن كان تطوعاً فإن شئت فاقضي وإن شئت لا تقضي»^(٤)، وفي رواية للإمام أحمد: فقال لها: «الصائم المتطوع أمير نفسه»^(٥).

فإن قيل: الفتح كان في رمضان، فكيف شرب النبي ﷺ، وكيف قالت: كنت متطوعة؟ هذا يوجب الطعن في هذا الحديث.

فالجواب: أن يوم الفتح يقال على مدة إقامتهم بمكة، وقد أقام النبي ﷺ إلى أيام في شوال، وهذا وقع في شوال^(٦).

وهذا بخلاف الحج والعمرة، فإن الله تعالى قال: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦] وهو عام في الفاسد والصحيح، وقال النبي ﷺ: «من كسر أو عرج فقد

(١) الهداية (١/٨٦)، الكافي (١/٣٦٤-٣٦٥)، الإمتاع (١/٣١٩)، منتهى الإرادات (١/٢٢٧).

(٢) أخرجه مسلم (٣/٨٠٩) - ح (١١٥٤).

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٠/١٦٥)، الفتح الرباني، وأبو داود (٢/٣٢٩) - ح (٢٤٥٦)، والدارمي في سننه (٢٨١٢) - ح (١٧٣٦)، والبيهقي في الكبرى (٢٧٧١٤) - ح (٨١٣٤)، وإسحق ابن راهويه في مسنده (٣١/١) - ح (٢٢)، والطبراني في الكبير (٤٢٥/٢٤) - ح (١٠٣٥)، وابن عبد البر في التمهيد (١٢/٧٣).

(٤) أخرجه البيهقي في الكبرى (٤/٢٧٨) - ح (٨١٤٤)، والنسائي في الكبرى (٢/٢٥٠) - ح (٣٣٠٥)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٣٤٣) - ح (٢٦٩٥٥)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/١٠١) - ح (١١٤١/ بتحقيقنا).

(٥) أخرجه الحاكم في مستدركه (١/٦٠٤) - ح (١٥٩٩)، والبيهقي في الكبرى (٤/٢٧٦) - ح (٨١٣١)، والنسائي في الكبرى (٢/٢٤٩) - ح (٢٣٠٢)، وإسحق بن راهويه في مسنده (١/٣٠) - ح (٢١)، والإمام أحمد في مسنده (٦/٣٤١) - ح (٢٦٩٣٧).

(٦) انظر: فتح الباري (٨/٤)، البداية والنهاية (٤/٣٥٩).

حل، وليحج من قابل» رواه النسائي^(١).

قلت: وروي عن ابن عمر، وابن عمرو، وابن عباس رضي الله عنهم: أنهم أمروا مفسد حجه بإتمامه، وقضائه. رواه عنهم الأثرم في سننه^(٢).

قال أبو محمد في المغني: ولا يعرف لهم مخالف، فيكون إجماعاً.

وأيضاً: فإن الصوم والصلاة يخرج منهما بالفساد، فلا يلزم إتمام نقلهما وقضاؤه، كالاكتاف.

وأيضاً: فإن المتطوع قبل الشروع مخير في جميع أجزاء المتطوع به، فبعد الشروع لا يجبر على بعض أجزائه، كمن نوى صلاة أربع ركعات، فصلّى ركعتين وسلم، لم يلزمه فعل الركعتين، ولو كان الإتمام لازماً لم يجز التغير.

وأما تطوع الحج والعمرة فإن التلبس به لا يوجب مباشرة باقية، لكن يلزمه فعل ما يخرج به من إحرامه، فإن الإحرام يقع لازماً، والتحليل لا يحصل إلا بالأمر المشروع من الطواف والحلاق، حتى لو أقسده لم يخرج منه.

بخلاف الصوم والصلاة، فإنه يخرج منهما بالفساد، وكل ما يتناهما^(٣).

فصل

٩٤- إذا خافت الحامل والمرضع على ولديهما أفطرتا وقضتا، وأطعمتا مسكيناً عن كل يوم.

وإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما كفاهما القضاء^(٤).

والفرق: أن خوفهما على أنفسهما يخصهما، فلا يجب لأجله كفارة، كالمرض.

بخلاف الأولى، فإن فطرهما لأجل الغير^(٥)، وقد قال تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٦٤٢/١) - ح (١٧٢٥)، وقال: صحيح على شرط البخاري ولم يخرجه، والترمذي (٢٧٧/٣) - ح (٩٤٠)، والدارمي في سننه (٨٥/٢) - ح (١٨٩٤)، والبيهقي في الكبرى (٢٢٠/٥) - ح (٩٨٧٨)، وأبو داود (١٧٣/٢) - ح (١٨٦٢)، والنسائي في الكبرى (٣٨١/٢)، وابن ماجه (١٠٢٨/٢) - ح (٣٠٧٧)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٤٩/٢)، والإمام أحمد في مسنده (٤٥٠/٣)، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثنائي (١٧٥-١٧٤/٤) - ح (٢١٥٥)، والطبراني في الكبير (٢٢٤/٣) - ح (٣٢١١).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٦٧/٥) وصححه، والحاكم في مستدركه (٦٥/٢)، وقال: حديث ثقات، رواه حفاظ. ووافقه الحافظ الذهبي.

(٣) انظر: المغني (١٥٣/٣)، (١٦٠-١٥٩)، الشرح الكبير (٥٦/٢)، (٥٧، ١٥٦).

(٤) انظر: الهداية (٨٢/١)، المقنع (٣٥٨/١)، المحرر (٢٢٨/١)، الإمتاع (٣٠٧/١).

(٥) انظر: المغني (١٤٠/٣)، الشرح الكبير (١٧/٢)، المبدع (١٦/٣)، كشف القناع (٣١٢/٢).

يُطِيقُونَ فِدْيَةَ طَعَامٍ مَسْكِينٍ ﴿البَقَرَةُ: الآية ١٨٤﴾. قال ابن عباس رضي الله عنهما: بقيت رخصة للشيخ الكبير والعجوز والحامل والمرضع إذا خافتا أطعمتا مكان كل يوم مسكيناً.

فصل

٩٥- قلت: إذا عجز الشيخ الكبير والمريض الذي لا يرجى برؤه عن الإطعام لم يسقط عنهما.

ولو عجزت الحامل والمرضع/ الخائفتان على ولديهما سقط عنهما^(١). [١/١٣]
قال شيخنا الوالد رحمه الله: والفرق بينهما: أن الإطعام إنما وجب على الحامل والمرضع طهرة، فهو حق مالي وجب على سبيل الطهرة بسبب الصوم، فيسقط بالعجز عنه كصدقة الفطر.
بخلاف الشيخ والمريض، فإن الإطعام في حقيهما بدل عن الصوم، والصوم لا يسقط بالعجز عنه، فكذلك بدله^(٢)، فافترقا.

فصل

٩٦- إذا جامع المسافر الصائم، ولم يتو بجماعه الفطر لزمته الكفارة.
وإن نواه فلا كفارة. في قياس المذهب.
والفرق: أنه إذا لم ينوه فقد هتك حرمة الصوم والشهر من غير شبهة، بخلاف ما إذا نوى الفطر، فإنه قد قصد رخصة مباحة، فهو كما لو ترخص بالأكل، فافترقا.

فصل

٩٧- لا يصام عن الميت صوم رمضان، ويطعم عنه مسكين لكل يوم^(٣). ويصام عنه النذر^(٤).

والفرق: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر صيام شهر، وصوم رمضان، فقال: أما رمضان فليطعم عنه، وأما النذر

(١) انظر: الشرح الكبير (١٨/٢)، المحرر (٢٢٨/١)، الفروع (٢٦/٣)، الإنصاف (٢٩٢/٣)، الإمتاع (٣٠٨/١).

(٢) انظر: الشرح الكبير (١٨/٢٠)، الفروع (٣٦/٣)، المبدع (١٧/٣).

(٣) انظر: الهداية (٨٥/١)، المقنع (٣٧٠-٣٧١)، المحرر (٢٣١/١)، الإمتاع (٣١٦-٣١٧).

(٤) الهداية (٨٥/١)، المقنع (٣٧٠-٣٧١)، المحرر (٢٣١/١)، الإمتاع (٣١٦-٣١٧).

فيصام عنه^(١). رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: سئل النبي ﷺ عن رجل مات وعليه صوم شهر رمضان، قال: «ليطعم عنه كل يوم مسكين» رواه ابن ماجه^(٢).

قلت: وقد جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أمي ماتت وعليها صوم نذر، أفأصوم عنها؟ قال: «فصومي عن أمك» متفق عليه^(٣).

وأيضاً: فإن شهر رمضان لازم بأصل الشرع، فانتقل عند العجز عنه إلى الإطعام، كالشيخ الفاني.

بخلاف النذر، فإنه أوجب على نفسه، فيؤدي عنه ما أوجبه على نفسه كالديون، وما وجب بأصل الشرع أكد، بدليل: أنه يقتل بترك الصلاة المفروضة، ولا يقتل بالمنذورة، والنيابة تدخل في العبادة بحسب خفتها ولذا لا تدخل النيابة الصلاة، وتدخل الحج^(٤).

فصل

٩٨- يجوز للمسافر التطوع بالصلاة من غير كراهة^(٥).

ولا يجوز له التطوع بالصوم في رمضان^(٦).

والفرق: أن رمضان زمان مضيق للعبادة.

بخلاف الصلاة، فإن وقتها موسع، ولذلك جاز التنقل قبل فعل الفرض، فلو لم يبق من وقت الصلاة إلا قدر فعلها صارت كرمضان، ولم يجز الاشتغال بالنقل، فافترقا.

فصل

٩٩- إذا نوى الصوم، ثم أغمي عليه جميع يومه، لم يصح صومه، ولو نام

(١) (ج) أورده ابن القيم في حاشيته (٢٧/٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣٢٢/١)، والترمذي (٩٦/٣)، وقال: الصحيح عن ابن عمر موقوف، وابن خزيمة في صحيحه (٢٧٣/٣)، والبيهقي في الكبرى (٢٥٤/٤)، وانظر: التلخيص الحبير (٢/٢٠٩، ٢٠٨).

(٣) أخرجه البخاري (٣٣٤/١)، ومسلم (٨٠٤/٢) - ح (١١٤٨).

(٤) انظر: المغني (١٤٤/٣)، الشرح الكبير (٤٨/٢)، المبدع (٤٨/٣)، كشف القناع (٢/٣٣٥، ٣٣٤).

(٥) انظر: المغني (٢/٢٩٤)، غاية المنتهى (٣٤٦/١)، الروض المربع (٦٦/١).

(٦) انظر: الهداية (٢٨/١)، الكافي (٣٤٦/١)، المحرر (٢٢٩/١)، الإمتاع (٣٠٧/١).

جميع يومه، صبح صومه^(١).

والفرق: أن حكم النائم حكم المستيقظ في كثير من الأحكام، منها صحة صلاته^(٢)، وضمانه لما يتلفه^(٣).

وليس كذلك الإغماء، لأنه يزيل العقل، فهو كالجنون^(٤)، وكذلك استويا في مشروعية الغسل^(٥) في حقيهما.

/قلت: وفي هذا الفرق نظر، [فلقوله: حكم النائم حكم المستيقظ في صحة صلاته، إن قصد به النوم اليسير على حالة من أحوال الصلاة فليس نظير مسألة الفرق؛ لأن الفرض حصول النوم في جميع اليوم، وإن قصد غير ذلك فلا معنى له. وأما ضمان النائم لما يتلفه فليس من باب التكليف، بل من باب ربط الأحكام بالأسباب.

والفرق الصحيح: أن الصوم عبارة عن الإمساك مع النية، قال ﷺ: «يقول الله تعالى: (كل عمل ابن آدم له إلا الصوم فإنه لي وأنا أجزي به، يدع طعامه وشرابه من أجلي)»^(٦)، فأضاف ترك الطعام والشراب إليه، والمغنى عليه لا يضاف الإمساك إليه، فلم يجزئه صومه، ولأن النية أحد ركني الصوم فلم تجز وحدها، كالإمساك وحده. وليس كذلك النوم، لأنه عادة لا يزيل الإحساس بالكلية، ومتى أوقف استيقظ، فافترقا.

فصل

١٠٠- إذا اشتبهت الأشهر على الأسير تحرى وصام، وقد أجزأه، إلا إذا تبين صومه قبل الشهر فلا يجزئه^(٧).

ولو اشتبه عليه وقت الوقوف بعرفة فوقف بالاجتهاد، فبان أنه وقف قبل وقت الوقوف أجزأه^(٨).

-
- (١) انظر: الهداية (٨٣/١)، المقنع (٣٥٩/١)، الفروع (٢٦٥-٢٦٣/٣)، منتهى الإرادات (٢١٩-٢٢٠).
- (٢) إنما تصح صلاته إن كان نومه يسيراً أو كان قائماً أو قاعداً لأنه لا ينقض الوضوء، انظر: الكافي (٤٣/١)، الفروع (١٧٨/١)، كشاف القناع (١٢٦/١).
- (٣) انظر: المغني (٦٦٤/٧)، الفروع (٦٣٥/٥)، شرح منتهى الإرادات (٢٦٧/٣).
- (٤) انظر: المقنع (٣٥٩/١)، الفروع (٢٦/٣).
- (٥) انظر: الهداية (١٩/١)، المقنع (٥٨/١)، المحرر (٢٠/١)، الإمتاع (٤٦/١).
- (٦) (ح) أخرجه البخاري (٦٧٠/٢) - ح (١٧٩٥)، ومسلم (٨٠٦/٢) - ح (١١٥١).
- (٧) انظر: الهداية (٨٢/١)، المقنع (٣٥٥/١)، المحرر (٢٢٨/١)، منتهى الإرادات (٢١٦/١).
- (٨) انظر: الهداية (٧٠١/١)، المقنع (٤٦٦/١)، المحرر (٢٤٣/١)، الإمتاع (٣٩٩/١).

والفرق: أن الصوم يمكنه أدائه بيقين بأن يؤخره فيقع قضاء، فإذا لم يؤخر فقد فرط بتقديمه فلم يجزئه، كما لو قدر على وقته من غير اشتباه.
 بخلاف الوقوف بعرفة، لأنه لا يمكنه أدائه بيقين، لأنه لو أخر الوقوف لم يأمن الفوات، فلهذا لم تلزمه الإعادة، بخلاف الصوم^(١).

فصل

١٠١- إذا نذر صوم يوم الخميس، أو الصلاة فيه لم يجزئه قبله.
 ولو نذر الصدقة فيه بدرهم، فتصدق به قبله أجزأه^(٢).
 والفرق: أن الصدقة يجوز تعجيلها قبل وقت وجوبها، بدليل: تعجيل الزكاة^(٣).
 بخلاف الصلاة والصوم، فإن الواجب فيهما لا يجوز تقديمه على وقته، فكذا مندورهما، فافترقا^(٤).

باب الاعتكاف

فصل

١٠٢- إذا نذر اعتكاف عشرة أيام متتابعة لم يلزمه اعتكاف ليل أول يوم منها، ولا الليالي المتخللة في وجه^(٥).
 ولو عين وقت الأيام، فقال: العشر الأخير من رمضان لزمه اعتكاف ذلك العشر بجميع لياليه^(٦).
 والفرق: أنه إذا أطلق الأيام انصرف نذره إلى مجرد الأيام، وهي عبارة عن بياض النهار، فلا يلزمه اعتكاف الليالي.
 بخلاف ما إذا عين، فإنه ينصرف إلى جميع المعين من أوله إلى آخره، وأوله أول ليلة منه، بدليل ما لو قال: أنت طالق في شهر كذا، طلقت في أول جزء من أول ليلة منه، فإذا ثبت أن هذه الليلة أول العشر لزم اعتكافها. [١/١٤]

(١) انظر: المغني (١٦٢/٣)، الشرح الكبير (٩/٢).

(٢) انظر: الفروع (٤٠٨/٦)، الإمتاع (٣٦١/٤).

(٣) انظر: الإنصاف (١٤١/١١)، كشف القناع (٢٨١/٦).

(٤) انظر: المغني (٣٠/٩)، الشرح الكبير (١٤٤/٦)، المبدع (٣٣٨/٩).

(٥) انظر: الكافي (٣٧٠/١)، المحرر (٢٣٣/١)، الإنصاف (٣٧١/٣)، الإمتاع (٣٢٤/١).

(٦) انظر: الكافي (٣٦٩/١)، الفروع (١٧٠/٣)، الإنصاف (٣٦٩/٣)، الإمتاع (٣٢٣/١).

فصل

١٠٣- إذا نذر اعتكاف العشر الأخير من شهر كذا أجزأه اعتكاف ما بعد العشرين الأولين، تاماً كان أو ناقصاً .
ولو نذر عشرة أيام، فصار العشر الأخير من شهر أجزأه إن كان الشهر تاماً، ووجب عليه إتمام يوم العشر من الشهر الآخر إن كان ناقصاً^(١) .
والفرق: أن العشر الأخير ما بعد الأولين، ناقصاً كان الشهر أو تاماً، فهو كقوله: لله علي صوم ذي الحجة، أجزأه صومه تاماً كان أو ناقصاً .
بخلاف ما إذا نذر عشرة أيام، فإنه قيد النذر بذكر العدد، فلا يجزئه أقل منه، فإن كان تاماً أجزأه، وإن كان ناقصاً أتمه من الشهر الذي يليه .

كتاب الحج

فصل

١٠٤- لا يجوز للمرأة أن تنشيء السفر للحج إلا بمحرم^(٢) .
ويجوز أن تهاجر بغير محرم^(٣) .
والفرق: قوله ﷺ: «لا تسافر المرأة إلا ومعها ذو محرم»، فقال رجل: إني اكتببت في غزوة كذا، وانطلقت امرأتي حاجة، فقال النبي ﷺ: «انطلق فحج مع امرأتك»، متفق عليه^(٤) .
وأما الهجرة، فالسفر فيها جائز بغير محرم بالإجماع، وعلته: أنها تخاف على نفسها ودينها في دار الحرب وهما لا عوض لهما، فلا يجوز تضييعهما لخوف فرع من فروعهما، فافترقا^(٥) .

فصل

١٠٥- ليس للرجل منع امرأته من حجة الإسلام^(٦) .

- (١) انظر: الكافي (٣/١٦٦)، القروع (٣/١٦٦)، الإمتاع (١/٣٢٢)، غاية المتهى (١/٣٦٦).
- (٢) انظر: الهداية (١/٨٩)، المقنع (١/٣٨٨)، المحرر (١/٢٣٣)، الإمتاع (١/٢٤٣).
- (٣) انظر: المحرر (٢/١٧٠)، الإنصاف (٤/١٢١)، الإمتاع (٢/٧).
- (٤) (ج) أخرجه البخاري (٣/١٠٩٤) - ح (٢٨٤٤)، ومسلم (٢/٩٧٨) - ح (١٣٤١).
- (٥) انظر: المغني (٣/٢٣٨)، الشرح الكبير (٢/١٠٠).
- (٦) انظر: الكافي (١/٣٨٨٥)، المحرر (١/٢٣٤)، القروع (٣/٢٢٣)، الإمتاع (١/٣٣٨).

وله منعها من حجة النذر في رواية^(١).
والفرق: أن حجة الإسلام أكد، لأنها وجبت بإيجاب الله تعالى، فلم يكن له منعها، كالصلوات الخمس^(٢).
وليس كذلك المنذورة، لأنها ليست من أركان الإسلام، ولا وجبت ابتداء بالشرع، وإنما وجبت بالنذر، فلو لم يكن للزوج منعها أدى إلى دحض حقه بالكلية، لإمكان أن تنذر الحج في كل سنة، والذرائع عندنا معتبرة.

فصل

١٠٦- إذا أحرم بحجتين أو عمرتين انعقد بواحدة^(٣).
ولو أحرم بحجة وعمره لزمته^(٤).
والفرق: أن الحجتين والعمرتين لا يصح الإتيان بأفعالهما معاً، ولا المضي فيهما، فلم يصح الإحرام بهما، كالصلاتين^(٥).
بخلاف الحج والعمره، فإنه يصح المضي في أفعالهما معاً، كالطواف والسعي والحلاق، فافترقا.

فصل

١٠٧- يصح إدخال الحج على العمرة، وهو أن يحرم بالعمرة وحدها، ثم بالحج قبل الطواف.
ولا يجوز إدخال العمرة على الحج بحال. نص عليهما^(٦).
والفرق: ما روي: أن عائشة رضي الله عنها أهلت بالعمرة، ثم حاضت، فدخل عليها رسول الله ﷺ وهي تبكي، فقال لها: «ما شأنك؟» فأخبرته، فقال: «أهلي بالحج، واصنعي ما يصنع الحاج غير/ أن لا تطوفي بالبيت»، رواه مسلم^(٧)، فدل على جواز إدخال الحج على العمرة وأنه يصير قارناً، وروي أن رجلاً سأل علياً،

(١) والصحيح من المذهب: أنه ليس له منهما من حجة النذر لأن ذلك واجب عليها فأشبهه بحجة الإسلام.

(٢) انظر: المغني (٣/٢٤٠)، المحرر (١/٢٣٤)، الفروع وتصحيحه (٣/٢٢٣)، الإنصاف (٣/٣٩٨).

(٣) انظر: الهداية (١/٩١)، المقنع (١/٣٩٧)، المحرر (١/٢٣٦)، غاية المنتهى (١/٣٩٥).

(٤) انظر: الهداية (١/٩٠)، المقنع (١/٣٩٧)، المحرر (١/٢٣٦)، غاية المنتهى (١/٣٩٥).

(٥) انظر: المغني (٣/٢٨٨)، الشرح الكبير (٢/١٣٠)، المبدع (٣/١٣٠).

(٦) الهداية (١/٩٠)، المقنع (١/٣٩٥-٣٩٤)، المحرر (١/٢٣٥)، غاية المنتهى (١/٣٩٢).

(٧) (ح) أخرجه مسلم (٢/٨٨١) - ح (١٢١٣).

فقال: (إني أهلت بالحج، فهل أستطيع أن أقرن؟ قال: لا، إنما ذلك لو أحرمت بالعمرة) رواه الأثرم بمعناه^(١).

ولأن إدخال العمرة على الحج لا يفيد زيادة على ما أفاده الإحرام بالحج فلم يصح، كما لو استأجره على عمل، ثم استأجره عليه مرة ثانية. بخلاف إدخال الحج عليها، فإنه يستفيد به ما لا يستفيدة بالعمرة، كالوقوف والرمي. وأيضاً فالحج أقوى، فدخل على الأضعف، بخلاف العكس، فافترقا.

فصل

١٠٨- يحرم على المحرم صيد البر^(٢)، دون صيد البحر^(٣).
والفرق: قوله تعالى: ﴿أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ إلى قوله: ﴿وَحَرَّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة: الآية ٩٦].

فصل

١٠٩- إذا قتل المحرم البراغيث لم يلزمه شيء^(٤).
ولو قتل قملة تصدق بشيء^(٥).
والفرق: ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: يقتل المحرم الهوام^(٦) كلها إلا القملة، فإنها منه^(٧).
قلت: ولم أقف على هذا الأثر في شيء من الكتب المعتمدة، والله أعلم. وأيضاً: فالبراغيث من هوام الأرض لتولدها منها.
بخلاف القمل، فإنها تتولد من الإنسان، ففي قتلها رفاهية، والمحرم لا يترفعه، فافترقا^(٨).

(١) انظر: الشرح الكبير (١٢١/٢)، المبدع (١٢٣)، كشف القناع (٤١٢/٢)، مطالب أولي النهى (٢/٣٠٨).

(٢) انظر: الهداية (٩٤/١)، المقنع (٤٠٥/١)، المحرر (٢٤٠/١)، منتهى الإرادات (٢٥٣/١).

(٣) انظر: المقنع (٤٠٩/١)، الكافي (٤١٠/١)، الإمتاع (٣٦٣/١)، منتهى الإرادات (٢٥٦/١).

(٤) انظر: الهداية (٩٤/١)، الكافي (٤١١/١)، الإمتاع (٣٦٣/١)، الفروع (٤٣٧/٣).

(٥) انظر: الكافي (٤١١/١)، الشرح الكبير (١٥٨/٢)، الإنصاف (٤٨٦/٣)، الإمتاع (٣٦٣/١)، منتهى الإرادات (٢٥٦/١).

(٦) الهوام: بتشديد الميم جمع هامة: اسم لكل ذي سم قاتل من خشن الأرض ويطلق أيضاً ما لا يقتل كالحشرات.

(٧) انظر: النهاية في غريب الحديث (٢٧٥/٥)، لسان العرب (٦٢٢-٦٢١/١٢).

(٨) انظر: المغني (٣٤٥/٣)، الشرح الكبير (١٥٨/٢)، المبدع (١٥٧/٣)، كشف القناع (٤٤٠/٢).

فصل

١١٠- يحرم على المحرم عقد النكاح^(١).

ولا يحرم شراء الإماء^(٢).

والفرق: أن عقد النكاح موضوع للاستمتاع، فهو من دواعيه وهي محرمة، كالقبلة، وما أشبهها.

بخلاف شراء الإماء، فإنه ليس موضوعاً لذلك، بدليل: صحة شراء من يحرم عليه، فلم يحرم، كشراء المماليك^(٣).

فصل

١١١- إذا قتل المحرم صيداً بعد صيد لزمه جزاء كل واحد منهما، أخرج عن الأول أو لم يخرج.

ولو كرر غيره من المحظورات، كمن تطيب، ثم تطيب، أو لبس، ثم لبس، أجزأه كفارة واحدة ما لم يكن كفر عن الأول^(٤).

والفرق: أن الواجب بقتل الصيد جزاء متلف، لا كفارة، بدليل قوله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ يَنْتَلِ مَا قُتِلَ مِنْ النَّعَمِ﴾ [المائدة: الآية ٩٥]، وبدليل: ما لو اشترك في قتل صيد جماعة، فإنه لا يلزمهم إلا جزاء واحد^(٥)، ولو كان كفارة لتعددت، كتعدد كفارة القتل على القتالين^(٦)، وإذا كان جزاءً تعدد بتعدد المقتول، وإنما سماه الله تعالى كفارة لكونه مكفراً للذنوب.

وأما غير الصيد من محظورات الإحرام فإن الواجب به كفارة، بدليل: استوائها في قليل المحظور وكثيره، فلا فرق بين رطل من الطيب ودانق، فإذا كان كفارة تداخل ما كان من جنس^(٧)، كالحدود^(٨)، والكفارات.

(١) انظر: الهداية (٩٤/١)، المقنع (٤١١/١)، المحرر (٢٣٨/١)، الإمتاع (٣٦٤/١).

(٢) انظر: المغني (٣٣٣/٣)، الشرح الكبير (١٦٢/٢)، الفروع (٣٨٦/٣)، الإمتاع (٣٩٤/١).

(٣) انظر: الشرح الكبير (١٦٢/٢)، المبدع (١٦٠/٣)، كشاف القناع (٤٤٣/٢). ويمكن أن يفرق بينهما أيضاً: بأن عقد النكاح ورد النهي عنه بالنص في قوله ﷺ: «لا ينكح المحرم، ولا ينكح ولا يخطب».

(٤) انظر: المقنع (٤٢٣/١)، المحرر (٢٣٩/١)، الفروع (٤٥٩-٤٥٧/٣)، غاية المتهي (٤١١/١).

(٥) انظر: المقنع (٤٣١/١)، المحرر (٢٤٠/١)، الفروع (٤٠١/٣)، الروض المربع (١٤٣/١).

(٦) انظر: الهداية (٩٨/٢)، الكافي (١٤٤/٤)، الإمتاع (٢٣٧/٤)، الروض المربع (٣٤٤/٢).

(٧) انظر: المغني (٤٩٥/٣)، الشرح الكبير (١٨٥/٢)، كشاف القناع (٤٥٧/٢).

(٨) انظر: الإنصاف (١٦٤/١).

فصل

١١٢- إذا قتل جماعة صيداً لزمهم جزاء واحد إن كان مالاً .

[[١٥]]

/ وإن كان صوماً لزم كلاً منهم صوم كامل^(١) .

والفرق: أن الجزاء بالمال بدل، فهو كالبدل في سائر الأموال، والصوم حق على البدن، وفيه معنى العقوبة، فهو كالحد، فإنه لو قذف جماعة حد لكل واحد حداً كاملاً، فافترقا^(٢) .

قلت: والصحيح من المذهب: أنه لا يلزم الجماعة إلا جزاء واحد، سواء كان صوماً أو مالاً .

وأما مسألة القذف، فالصحيح: تعدد الحد إن قذفهم بكلمات، وإن قذفهم بكلمة واحدة فحد واحد^(٣) .

فصل

١١٣- لا تحرم خطبة المحرمة^(٤) .

وتحرم خطبة المعتدة^(٥) .

والفرق: أن المرجع في انقضاء العدة إلى المرأة إذا ادعت ممكناً، فلا يؤمن إذا خطبت في عدتها أن تكذب رغبة في الزوج، فلذا حرمت خطبتها^(٦) .
بخلاف المحرمة، فإن التحلل المبيح للنكاح ليس إليها، ولا يمكنها الكذب فيه، فافترقا .

فصل

١١٤- إذا خرج في عينه شعر يؤلمه فقطعه فلا فدية .

ولو تأذى بالهوام في رأسه فحلقة لزمته الفدية^(٧) .

(١) انظر: الكافي (٤٢٢/١)، المحرر (٢٤٠/١)، الفروع وتصحيحه (٤٠٩-٤١١/٣)، الإمتاع (١/٣٧٥) .

(٢) انظر: المغني (٥٢٣/٢)، الشرح الكبير (١٩٩/٢) .

(٣) انظر: الكافي (٢٢٣/٤)، الفروع (٩٦/٦)، الإنصاف (٢٢٣/١٠)، الإمتاع (٢٦٥/٤) .

(٤) لكن تكره خطبتها كراهة شريفة، انظر: الكافي (٤٠٢/١)، المحرر (٢٣٨/١)، الفروع (٣٨٦/٣)، الإمتاع (٣٦٤/١) .

(٥) انظر: الكافي (٥١/٣)، المحرر (١٤/٢)، الفروع (١٥٩/٥)، الإمتاع (١٦٠/٣) .

(٦) انظر: المغني (٦٠٩/٦)، الشرح الكبير (١٦٢/٤)، المبدع (١٤/٧)، كشاف القناع (١٨/٥) .

(٧) انظر: الهداية (٩٤-٩٣/١)، الكافي (٤٠٣/١)، الفروع (٣٥٤/٣)، غاية المنتهى (٣٩٨/٣) .

والفرق: أن الشعر ألجأه في الأولى إلى إزالته، كما لو صال عليه صيد فقتله، فإنه لا جزاء.

بخلاف الثانية، فإن إزالة الشعر ألجأه إليه التأذي بالهوام، فهو كقتل الصيد للمجاعة، وذاك يضمنه، فكذا هنا يفديه^(١).

فصل

١١٥- إذا حبس حلال حمامة في الحل فماتت، ومات فراخها في الحرم بحبسها ضمن الفراخ دونها^(٢).

ولو حبسها في الحرم فماتوا في الحل ضمنهم^(٣).

والفرق: أنه في الأولى أُلُفَّ الأم في الحل فلا ضمان، وأُلُفَّ فراخها بسبب من جهته، وهم في الحرم فضمنهم، كما لو رمى من الحل سهماً إلى الحرم فقتل صيداً^(٤).

بخلاف الثانية، فإنه قتلها في الحرم فضمنها، وقتلهم بسببها حصل منه في الحرم فضمنهم، كما لو رمى من الحرم صيداً في الحل فقتله^(٥).

فصل

١١٦- إذا قطع حلال غصناً في الحل أصله في الحرم ضمنه^(٦).

ولو كان عليه صيد فقتله لم يضمنه على الصحيح^(٧).

والفرق: أن الغصن معتبر بأصله، لأنه إذا تلف تلف، والأصل مضمون لكونه في الحرم، فبقه الفرع^(٨).

بخلاف الطائر، فإنه ليس معتبراً بأصل الغصن، لانتفاء علة الاعتبار، فهو بجملته في الحل. فلم يضمن، كما لو كان على أرض الحل^(٩)، فافتراً.

(١) انظر: المغني (٣/٣١٩)، الشرح الكبير (٢/١٣٩)، المبدع (٣/١٣٨)، كشاف القناع (٢/٤٦٩) ..

(٢) انظر: الهداية (١/٩٨)، المقنع (١/٤٣٢)، الفروع (٣/٤٧٣)، الإمتاع (١/٣٧٦).

(٣) انظر: المغني (٣/٣٤٦-٣٤٧)، الفروع (٣/٤٧٣)، الإنصاف (٣/٥٤٨-٥٤٩)، الإمتاع (١/٣٧٦).

(٤) انظر: المغني (٣/٣٤٦-٣٤٧)، الشرح الكبير (٢/٢٠١-٢٠٢)، المبدع (٣/٢٠٢) كشاف القناع ٤٦٩/٢

(٥) انظر: الكافي (١/٤٢٥)، المبدع (٣/٢٠٢).

(٦) انظر: المقنع (١/٤٣٥)، المحرر (١/٢٤٢)، الفروع (٣/٤٨٠)، الإمتاع (١/٣٧٧).

(٧) انظر: الكافي (١/٤٢٤)، المقنع (١/٤٣٣)، الفروع (٣/٤٧٣)، الإمتاع (١/٣٧٦).

(٨) انظر: المغني (٣/٣٥٣)، الشرح الكبير (٢/٢٠٥)، المبدع (٣/٢٠٦).

(٩) انظر: المغني (٣/٣٤٧)، الشرح الكبير (٢/٢٠٢)، كشاف القناع (٢/٤٦٩).

فصل

١١٧- قلت: إذا أتلّف غصناً في الحل أصله في الحرم ضمنه .
ولو أتلّف غصناً في الحرم أصله في الحل لم يضمن^(١) .
والفرق: أن الفرع تابع للأصل، والأصل مضمون كما تقدم .
بخلاف المسألة الثانية، فإنه أتلّف ما أصله في الحل، والاعتبار به، فلا ضمان، فافترقا^(٢) .

فصل

١١٨- إذا قتل / المحرم في الحرم حمّاماً مصوّتاً ضمنه غير مصوّت^(٣) . [١٥/ب]
ولو كان لآدمي ضمنه بقيمته مصوّتاً .
والفرق: أن صيد الحرم يضمن لحق الله تعالى، والتعليم لا يقوم في حقه تعالى، كما لو قتل عبداً فقيهاً، فإنه لا يكفر إلا كفارة عبد غير فقيه .
بخلاف الآدميين، فإن التعليم متقوم في حقهم، كما لو قتل بازيّاً معلماً ضمنه كذلك .

فصل

١١٩- إذا قبل المحرم زوجته لشهوة لزمته شاة^(٤) .
ولو كان صائماً لم يلزمه قضاء ولا غيره^(٥) .
والفرق: أن التقبيل لشهوة من دواعي الجماع، وهي محرمة، فإذا ارتكبتها لزمته شاة، كالتطيب^(٦) .
بخلاف الصوم، فإنه لا يحرم فيه دواعي الوطء، بدليل: جواز عقد النكاح والتقبيل^(٧)، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها: أن رسول الله ﷺ كان يقبل وهو

(١) انظر: المقنع (١/٤٣٥)، المحرر (١/٢٤٢)، الفروع وتصحيحه (٣/٤٨٠-٤٨١)، الإمتاع (١/٣٧٧).

(٢) انظر: المغني (٣/٣٥٣)، الشرح الكبير (٢/٢٠٥)، كشف القناع (٢/٤٧١-٤٧٢).

(٣) انظر: الكافي (١/٤٢١)، المحرر (١/٢٤١)، الفروع (٣/٤٢٨)، الإنصاف (٣/٥٣٩)، الإمتاع (٣/٣٧٣).

(٤) انظر: الكافي (١/٤١٨).

(٥) انظر: الهداية (١/٨٤)، المقنع (١/٣٦٨)، الفروع (٣/٦٣)، متبهي الإرادات (١/٢٢٤).

(٦) انظر: المغني (٣/٣٣٨)، المبدع (٣/١٦٧)، كشف القناع (٢/٤٤٧).

(٧) لكن التقبيل مكروه لمن تحرك شهوته بسببه، ويحرم إن ظن الإنزال ولا يكره إن لم يتحرك به شهوته. انظر: المغني (٣/١١٢)، الإنصاف (٣/٣١٤)، الإمتاع (١/٣١٤).

ضائم . رواه البخاري^(١) .

فصل

١٢٠- إذا أرسل المحل عليه على صيد في الحل فطارده الكلب إلى الحرم، فقتله فيه، لم يضمن^(٢) .

ولو رمى صيداً في الحل فدخل السهم الحرم، فقتله، ضمن^(٣) .

والفرق: أن إيصال السهم إلى الحرم كان بقوته، فقد باشر القتل في الحرم، فيضمن .

بخلاف إرسال الكلب، فإن فعله لا ينسب إلى مرسله خصوصاً، ولم يتعد في إرساله، فإنه أرسله في الحل، وإذا لم يتعد فلا ضمان^(٤)، كحافر البئر يضمن إن تعدى، ولا ضمان إن لم يتعد^(٥) .

فصل

١٢١- إذا تحلل من عمرته ووطىء، ثم أحرم بالحج وأكمله ووطىء، ثم ذكر أنه طاف أحد الطوافين بغير طهارة ولم يعلم أيهما .

فإن كان في حج وعمرة واجبين لم يجزئاه، وعليه فعلهما .

وإن كان تطوعاً لم يلزمه قضاؤهما . ذكره القاضي في المجرى .

والفرق: أنه يحتمل صحتهما فيجزئاً، ويحتمل بطلانتهما فلا يجزئاً، والأصل بقاء ما في الذمة، فلا يزول بالشك .

وأما في التطوع أيضاً، فيحتمل الصحة فلا قضاء، والبطلان فيجب، والأصل براءة الذمة^(٦) .

بيان احتمال صحتهما: أن يكون طواف العمرة بطهارة، فقد صحت، وطواف الحج بغير طهارة فيعيده الآن، فتصح حجته، وعليه دم التمتع، ودم لوطئه في الحج قبل طوافه، فعلى هذا صح منه النسيان .

(١) (ح) أخرجه البخاري (٣٢٩/١-٣٣٠)، ومسلم (٧٧٧/٢) - ح (١١٠٦) .

(٢) انظر: الهداية (٩٨/١)، المقنع وحاشيته (٤٣٣/١)، الفروع (٤٧٤/٣)، الإمتاع (٣٧٩/١) .

(٣) انظر: المقنع وحاشيته (٤٣٣/١)، الفروع (٤٧٤/٣)، الإمتاع (٣٧٦/١) .

(٤) انظر: المغني (٣٤٨/٣)، كشاف القناع (٢٠٢/٢)، المبدع (٢٠٣/٣) .

(٥) انظر: الكافي (٦١/٤)، الإمتاع (٢٠٠/٤) .

(٦) انظر: المغني (٣٧٩/٣)، الشرح الكبير (٢١٧/٢)، الفروع (٥٠٤/٣)، المبدع (٢٢٣/٣)، الإنصاف (١٨/٤)، الإمتاع (٣٨٣/١)، غاية المنتهى (٤٢٧/١) .

وبيان بطلانهما: أن يكون طواف العمرة بغير طهارة، فلا يعتد به، وقد حلق فيها فعليه دم، وقد وطئ قبل التحلل فأفسدها فعليه دم، ثم قد أحرم بالحج على عمرة فاسدة فلم يعتد، وإنما هو ماض في عمرة فاسدة، فسقط وقوفه وتوابعه من أفعال الحج، ويقع طوافه وسعيه له عنها، ويتحلل منها، فعلى هذا قد أفسد العمرة، وعليه دم الحلق فيها، ودم لإفسادها، وعليه قضاؤها، ويبقى الحج كأنه لم يوجد / [١/١٦] إحرامه به، فعلى هذا قد فسد حجه وعمرته، وعليه دمان: هما شاتان بكل حال، لأنه لا ينفك من وجوبهما عليه، لأنه إن كان طواف العمرة بغير طهارة فعليه دم الحلاق فيها، ودم^(١) لفسادها.

وإن كان طواف الحج بغير طهارة فعليه دم التمتع، ودم الوطء في الحج قبل طوافه، فقد اتضح بما ذكرناه الفرق بينهما^(٢).

فصل

١٢٢- قد تقدم: أنه إذا ذكر أنه طاف لأحد النسكين غير طاهر لم يجزئاه عن الفرض، وعليه القضاء.

ولو فرغ من أحد النسكين، ثم شك هل طاف فيه أم لا؟ أجزأه^(٣).
والفرق: أنه يحكم بصحة النسك إذا فرغ منه، فلا تزول الصحة بالشك، كما لو شك بعد الوضوء، هل أدخل بشيء من أعضائه؟
بخلاف المسألة الأولى، فإنه قد تيقن بطلان أحد الطوافين، فلزمه أشد الأمرين، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عيناها، فإنه يلزمه خمس صلوات.

فصل

١٢٣- إذا حج عن نفسه، ثم أراد أن يعتمر عن غيره، أو حج عن غيره ثم أراد أن يعتمر عن نفسه، لزمه أن يحرم بالعمرة من الميقات، فإن أحرم بها من أدنى الحل فعليه دم، ومتى كان النساكن عن اثنين لزمه أن يحرم بالثاني حجاً كان أو عمرة من الميقات. نص عليه، فإن أحرم بالحج من مكة، أو بالعمرة من أدنى الحل فعليه دم^(٤).

(١) انظر: المقنع (٤١٦/١)، المحرر (٢٣٨/١)، منتهى الإرادات (٢٦٠/١)، الروض المربع (١/١٤١).

(٢) انظر: المغني (٣٧٩/٣)، الشرح الكبير (٢١٧/٢)، الإنصاف (١٩/٤)، كشف القناع (٤٨٥/٢)، مطالب أولي النهى (٤٠٢-٤٠٣).

(٣) انظر: المغني (٣٧٨/٣)، الشرح الكبير (٢١٧/٢)، كشف القناع (٤٨٣/٢).

(٤) انظر: المغني (٢٦٠/٣)، الكافي (٣٨٨/١)، الشرح الكبير (١٠٦/٢)، الفروع (٢٧٨/٣)، المبدع (١١٠/٣).

ومتى كان النسكان عن واحد مثل: إن حج أو اعتمر عن نفسه، فإنه يجوز أن يعتمر بعد ذلك عن نفسه مراراً من أدنى الحل، ولا دم عليه^(١).

والفرق: أنه يجب الإحرام من المواقيت المشروعة، فمتى أحرم دونها لزمه دم، فإذا كان النسكان عن واحد فأحرم بالأول من الميقات حجاً كان أو عمرة، فالنسك الآتي بعده تبع له.

بخلاف ما إذا كان لاثنيين، فإن الإحرام بالأول من ميقاته يحصل لصاحبه النسك فلو جوز أن يفعل نسكاً آخر عن غيره من غير الميقات المشروع في حق الثاني أدى إلى الإحرام دون الميقات، وذلك لا يجوز، فإذا خالف لزمه دم^(٢)، فظهر الفرق.

فصل

١٢٤- إذا أحرم مطلقاً ثم عين تمتعاً، أو إفراداً أو قراناً^(٣) جاز^(٤).

ولو أحرم بصلاة أو صوم ولم يعين ما أحرم به لم يجز^(٥).

والفرق: أن الحج والعمرة ليس من شرط صحة الإحرام بهما التعيين، بدليل:

ما روي عن علي وأبي موسى رضي الله عنهما: أنهما لما قدما من اليمن محرمين قالوا: إهلال كإهلال رسول الله ﷺ، فأقرهما. رواه مسلم^(٦) من حديث علي رضي الله عنه، وبدليل جواز فسخ الحج^(٧) إلى العمرة للقران والمفرد إذا لم يقف بعرفة، ولا ساقاً هدياً، فإذا جاز صرف الإحرام/ المعين إلى غيره، فصرف الإحرام المطلق أولى.

بخلاف الصلاة والصوم، لأن من شرط صحة الإحرام بهما التعيين، وهذا هو الأصل، ولولا ما ورد في الحج لكان كذا.

(١) انظر: الكافي (٣٨٩/١)، الشرح الكبير (١٠٦١٠٥/٢)، الفروع (٢٧٨/٣)، الإمتاع (٣٤٦/١).

(٢) انظر: المغني (٢٦٠/٣)، الكافي (٣٨٨/١)، الشرح الكبير (١٠٦/٢).

(٣) انظر: المقنع (٢٩٤/١)، الإمتاع (٣٥٠/١)، شرح المنتهى (١٣/٢).

(٤) انظر: المقنع (٣٩٧/١)، المحرر (٢٣٦/١)، الفروع (٣٢٣/٣)، غاية المنتهى (٣٩٤/١).

(٥) انظر: الكافي (١٢٦-٣٥٠)، المحرر (٢٢٨٥٢/١)، الفروع (٤٠/٣)، منتهى الإرادات (٢/٢١٩-٧٢).

(٦) (ج) البخاري (٢٧١/١)، ومسلم (٥٩/٤).

(٧) انظر: المقنع (٣٩٦/١)، المحرر (٢٣٩/١)، الفروع (٣٢٨/٣)، الإنصاف (٤٤٦/٣).

فصل

١٢٥- إذا أحرم مبهماً صرفه إلى أي الأنساك شاء إن كان في أشهر الحج، وإلا انعقد بعمره^(١).

والفرق: أن الإحرام بالحج في غير أشهره مكروه، فلم ينصرف إليه، وانصرف إلى العمرة، لأنها لا تكره في وقت من السنة^(٢).

فصل

١٢٦- الطهارة شرط في صحة الطواف^(٣).

ولا تشترط في السعي، ولا تجب^(٤).

والفرق: قوله ﷺ: «الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله أحل فيه النطق، فمن نطق فلا ينطق إلا بخير» رواه الترمذي^(٥).

ولأنها عبادة تتعلق بالكعبة، فتجب لها الطهارة، فكانت شرطاً فيها، كالصلاة^(٦).

بخلاف السعي، فإنه قد روي أنه ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها: «اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» مختصر رواه مسلم^(٧).
ولأنه لا يتعلق بالبيت، فلم تشترط له الطهارة، كالوقوف^(٨).

فصل

١٢٧- حرام الصبي بالصلاة ينعقد بغير إذن وليه^(٩).

(١) انظر: المغني (٢٨٥/٣)، الشرح الكبير (١٢٩٠/٢)، الفروع (٣٣٣/٣)، الإنصاف (٤٤٩/٣)، الإمتاع (٣٥٣/١).

(٢) انظر: المغني (٢٨٥/٣)، الشرح الكبير (١٢٩/٢)، المبدع (١٣٠/٣).

(٣) انظر: الهداية (١٠١/١)، الكافي (٤٣٣/١)، المحرر (٢٤٣/١)، متهى الإيرادات (٢٧٤/١).

(٤) انظر: الهداية (١٠١/١)، الكافي (٤٣٨/١)، المحرر (٢٤٤/١)، متهى الإيرادات (٢٧٦/١).

(٥) أخرجه الترمذي (٢٩٣/٣)، وابن الحارود في المنتقى (١٢٠/١) - ح (٤٦١)، والحاكم في مستدركه (٦٣٠/١) - ح (١٦٨٦)، والدارمي (٦٦/٢) - ح (١٨٤٧)، والبيهقي في الكبير (٨٥/٥) - ح (٩٠٧٤).

والنسائي في الكبرى (٤٠٦/٢) - ح (٣٩٤٤)، وابن أبي شيبه في مصنفه (١٣٧/٣) - ح (١٢٨٠٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٧٨/٢)، والطبراني في الكبير (٣٤/١١) - ح (١٠٩٥٥).

(٦) انظر: المغني (٣٧٧/٣)، الشرح الكبير (٢١٧/٢)، المبدع (٢٢١/٣).

(٧) ح (١٩٩).

(٨) انظر: المغني (٣٩٤/٣)، الشرح الكبير (٢٢٢/٢)، المبدع (٢٢٦/٣).

(٩) انظر: الهداية (٢٥/١)، الكافي (٩٤/١)، المحرر (٣٠/١)، الروض المربع (٣٨/١).

ولا يتعقد بالحج إلا بإذنه^(١).

والفرق: أن الحج عبادة تتضمن المال، فافتقرت إلى إذنه، كالنكاح^(٢).
بخلاف الصلاة، فإنها بدنية محضة، فلم تفتقر إليه، كالصيام.

فصل

١٢٨- إذا أفسد العبد حجه بالوطة، ثم عتق قبل فوات الوقوف أجزأه قضاؤه من قابل عن حجة الإسلام.

ولو كان ذلك بعد فوات الوقوف لزمه قضاؤها، وحجة الإسلام.

والفرق: أنه في الأولى لولا الفساد لأجزأت تلك الحجة عن حجة الإسلام، لإمكان الوقوف، فكأنه أفسد حجة الإسلام، فيجزئه القضاء عنها.

بخلاف الثانية، فإنها لو سلمت من الفساد لم تجزئه لعدم إمكان الوقوف فيكون القضاء عنها، ويجب على حجة الإسلام مقدمة على القضاء، لكونها وجبت بأصل الشرع، والقضاء وجب بسبب من جهته^(٣).

قلت: ولو قيل بتقديم القضاء لم يكن بعيداً لسبق وجوبه.

وكذا حكم الصبي إذا أفسد حجه، ثم بلغ^(٤)، ذكره القاضي في المجرد.

فصل

١٢٩- إذا استتيب في حجة عن غيره، فبدأ فاعتمر عن نفسه، ثم حج عن الغير ضمن جميع ما أنفق، لأنه صرف سفره إلى نسك عن نفسه، فإن كان المنوب [عنه] ميتاً وقعت الحجة عنه، وإن كان حياً وقعت عن النائب.

والفرق: أن الميت إذا عزي إليه عبادة وقعت عنه، أذن فيها أو لم يأذن، لأنه معدوم الإذن، عاجز عن اكتساب الثواب، فيصير كالمهدي إليه ثواباً.

بخلاف الحي، فإن له إذناً وقدرة على / كسب الأجر، ولم يوجد منه إذن في ذلك، والأول بطل بالمخالفة، فافترقا^(٥).

-
- (١) انظر: الهداية (١/٨٨)، الكافي (١/٣٨٢)، المحرر (١/٢٣٤)، الروض المربع (٨/١٣٤).
(٢) انظر: الكافي (١/٣٨٢)، الشرح الكبير (٢/٨٤)، مفيد الأنام ونور الظلام (١/٢٩).
(٣) انظر: المغني (٣/٢٥٣)، الشرح الكبير (٢/٨٧)، المبدع (٣/٩٠)، كشف القناع (٢/٣٨٤).
(٤) انظر: الكافي (١/٣٨٣)، الفروع (٣/٢١٩)، الإمتاع (٣/٣٣٧).
(٥) انظر: المغني (٣/٢٣٤)، الشرح الكبير (٢/٩٥)، الإنصاف (٣/٤٢٢)، كشف القناع (٢/٣٩٨).

فصل

١٣٠- إذا أتلّف صيداً ماخضاً^(١) ضمنه بمثله، ولا يخرج، بل يقومه ماخضاً، ثم يشتري بالقيمة طعاماً يتصدق به^(٢). ذكره في المجرد.

ولو تبرع رب المال بإخراج الماخض، كان أفضل من الحائل^(٣).

والفرق: أن المقصود في جزاء الصيد اللحم، والحمل ينقصه^(٤).

بخلاف الزكاة، فإن المقصود فيها الدرّ والنسل، بدليل: إخراج الأنثى، والمخاض أقرب إلى هذا المقصود^(٥)، فافترقا.

فصل

١٣١- إذا أتلّف الذمي صيداً في الحرم ضمن^(٦).

ولو أتلّفه في الإحرام لم يضمه^(٧).

والفرق: أن صيد الحرم يضمن لحرمته، وحرمته بالنسبة إلى الذمي كالمسلم^(٨).

بخلاف إتلافه إياه في الإحرام، فإنه إنما يضمن لأجل الإحرام، وإحرام الذمي لا يصح، فلم يوجد سبب الضمان في حقه^(٩)، فافترقا.

فصل

١٣٢- إذا أحصر المحرم بعدو تحلل^(١٠).

-
- (١) الماخض: الحامل التي دنا ولادها والمراد هنا: مطلق الحمل. انظر: المصباح المنير (٥٦٥/٢)، القاموس المحيط (٣٤٤/٢).
- (٢) انظر: الهداية (٩٦/١)، المقنع وحاشيته (٤٣٠/١)، الفروع (٤٢٩/٣)، الإنصاف (٥٤١/٣)، الإمتاع (٣٧٤/١).
- (٣) انظر: المقنع (٣٠٢/١)، المحرر (٢١٥/١)، الفروع (٣٧٠/٢)، غاية المنتهى (٢٩٦/١).
- (٤) انظر: المغني (٥١٣/٣)، الشرح الكبير (١٩٦/٢)، المبدع (١٩٦/٣).
- (٥) انظر: الكافي (٢٩١/١)، كشف القناع (١٩٢/٢).
- (٦) انظر: الكافي (٤٢٤/١)، الفروع (٤٧٢/٣)، الإمتاع (٣٧٦/١).
- (٧) انظر: الفروع (٤٧٢/٢).
- (٨) انظر: المغني (٣٤٥/٣)، الشرح الكبير (٢٠١/٢).
- (٩) انظر: الهداية (١٠٧/١)، المقنع (٤٦٧/١)، الفروع (٥٣٦/٣)، الإمتاع (٣٩٩/١).
- (١٠) انظر: الهداية (١٠٧/١)، المقنع (٤٦٨/١)، الفروع (٥٣٨/٣)، الإمتاع (٤٠٠/١).

ولو أحصر بمرض لم يتحلل إلا إذا اشترط في إحرامه.

والفرق: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصَرْتُمْ﴾ [البقرة: الآية ١٩٦] وحكي عن أبي عبيد^(١) وثعلب^(٢): أن الإحصار في العدو، والحصر في المرض^(٣). وروي عن ابن عمر وابن عباس أنهما قالا: لا إحصار إلا من عدو. رواه الإمام الشافعي^(٤)، وعن ابن عمر، وابن عباس، وابن الزبير، ومروان^(٥)، أنهم قالوا في من مرض ببعض الطريق: يتداوى، فإذا صح تحلل بعمره، وقضى من قابل. رواه مالك في الموطأ^(٦)، ثم قرينة مقابلة الإحصار بالأمن دليل على أن المراد حصر العدو، فأما المرض فيقابل بالشفاء، ثم ذكر المرض بعد ذلك بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا﴾ [البقرة: الآية ١٨٤] دليل على أن المراد بالأول العدو، ثم في مخاطبة الجماعة بالإحصار دليل على كونه من العدو، لأن المرض لا يحصل لمثل ذلك الجمع دفعة، ولأن المحصر بعدو يستفيد بالتحلل الرجوع إلى أهله، والخلاص بالكلية، لأنه لو ألزم الإقامة مع تعرضه لهجوم العدو كان عليه من الضرر ما لا خفاء به، وفي التحلل والرجوع إلى أهله والتصرف في جهات الدنيا تخلص من ذلك، فلهذا جاز له التحلل.

بخلاف المحصور بالمرض، لأنه لا يستفيد بالتحلل شيئاً، لأنه إن قال: أستفيد الرجوع إلى أهلي، فحركته في رجوعه إلى أهله كالمضي إلى مكة، وإن قال: أقيم، فسواء الإحرام والتحلل، لأن مرضه لا يزول بالتحلل^(٧).

فإن قيل: يستفيد به لبس المخيط والطيب، قلنا: يباح للحاجة، وأكثر ما فيه لزوم الفدية، وذلك لا يبيح التحلل، فظهر الفرق بينهما.

كتاب البيع

فصل

١٣٣ - إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيزة بدرهم، على أن أنقصك/ قفيزاً، [ب/١٧]

- (١) انظر: طبقات الحنابلة (٢٥٩/١)، سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠)، تهذيب التهذيب (٣١٥/٨).
- (٢) انظر: طبقات الحنابلة (٨٣/١)، سير أعلام النبلاء (٥/١٤)، بغية الوعاة (٣٩٦/١).
- (٣) تهذيب اللغة (٢٣٢/٤)، لسان العرب (١٩٥/٤)، تاج العروس (١٤٣/٣).
- (٤) انظر: ترتيب مسند الشافعي (٣٨١/١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٩/٥).
- (٥) انظر: سير أعلام النبلاء (٤٧٦/٣)، وتهذيب التهذيب (٩١/١٠)، شذرات الذهب (٧٣/١).
- (٦) انظر: الموطأ مع شرحه الممتقى (٢٧٧/٢)، وترتيب مسند الشافعي (٣٨٣/١)، والسنن الكبرى (٢٢٠/٥).
- (٧) انظر: المغني (٣٦٣/٣)، الشرح الكبير (٢٧٥/٢)، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (٢٦/٢٢٧)، المبدع (٢٧٣/٣).

وهما يعلمان كيلها صح^(١).

ولو قال: على أن أزيدك قفيزاً لم يصح^(٢).

والفرق: أن القفيز في الأولى ينقص من الصبرة، والباقي بعده معلوم فصح، كما لو باعه من غير هذا الشرط.

بخلاف الثانية، فإن القفيز المزيد غير معلوم العين ولا الصفة، فكأنه قال: بعثك هذه الصبرة وقفيزاً آخر من حنطة في بيتي، وذلك لا يصح^(٣).

فصل

١٣٤ - إذا قال: بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، على أن أنقصك قفيزاً، وهما يعلمان قفزاتها، فالبيع صحيح، وإن جهلاها لم يصح. والفرق: أنه مع العلم بقفزاتها يكون المبيع معلوماً.

بخلاف ما إذا جهلا، فإن القفيز المنقوص يأخذ من كل قفيز قسطاً، فإذا لم يعلما قفزاتها لم يعلما قسط كل قفيز من القفيز [المنقوص]، فكأنه قال: بعثكها كل قفيز بدرهم إلا شيئاً، وذلك لا يصح^(٤).

فصل

١٣٥ - إذا باعه قفيزاً من صبرة مجهولة الكيل صح^(٥).

ولو باعه إياها إلا قفيزاً لم يصح^(٦).

والفرق: أن المبيع في الأولى معلوم المقدار فصح، كما لو كان منفرداً^(٧).

بخلاف الثانية، فإن الصبرة المجهولة الكيل إنما جَوِّزَ بيعها المشاهدة، واستثناء القفيز منها يغير حكم المشاهدة، فلم يصح فتفارقاً^(٨).

-
- (١) انظر: المغني (٤/١٤٤)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، الإنصاف (٤/٣٠٤)، الإمتاع (٢/٧٢).
 - (٢) انظر: المغني (٤/١٤٤)، الكافي (٢/١٦)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، الإمتاع (٢/٧٢).
 - (٣) انظر: المغني (٤/١٤٤)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، كشف القناع (٣/١٧٥).
 - (٤) انظر: المغني (٤/١٤٣-١٤٤)، الكافي (٢/١٦)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، كشف القناع (٣/١٧٥).
 - (٥) انظر: المقنع وحاشيته (٢/١٤)، المحرر (١/٢٩٤)، الفروع (٤/٢٧)، الإمتاع (٢/٦٨).
 - (٦) انظر: الهداية (١/١٣٠)، المقنع (٢/١٥)، الفروع (٤/٢٨)، الإمتاع (٢/٦٨).
 - (٧) انظر: الشرح الكبير (٢/٣٢٧)، المبدع (٤/٣٠)، مطالب أولي النهى (٣/٣٣).
 - (٨) انظر: المغني (٤/١١٣)، الشرح الكبير (٢/٣٢٧)، المبدع (٤/٣١).

فصل

١٣٦ - إذا باعه صبرة يجهلان كيلها صح^(١).

ولو باعه صبرة يجهلان كيلها، ويعلمان أنها تزيد على قفيز، واستثنى قفيزاً لم يصح^(٢).
والفرق: ما تقدم قبله.

فصل

١٣٧ - إذا باعه صبرة يجهلان كيلها، واستثنى منها جزءاً مشاعاً، كالثلث ونحوه صح^(٣).

ولو استثنى منها مقداراً معلوماً لم يصح.
والفرق: أن المستثنى إذا كان جزءاً مشاعاً كان الباقي بعده معلوماً بالأجزاء، فكأنه قال: بعثك ثلثها، وذلك جائز^(٤).

بخلاف المقدار المعلوم من الشيء المجهول، فإنه يصير الباقي بعده غير معلوم بالمقدار، ولا بالمشاهدة، فلم يصح.

فصل

١٣٨ - إذا باعه الصبرة واستثنى منها قفيزاً معلوماً، وهما يجهلان كيلها لم يصح، ولو علماه صح^(٥).
والفرق: ما تقدم قبل.

فصل

١٣٩ - إذا قال: بعثك هذه الصبرة كل قفيزة بدرهم، صح.

ولو قال: منها، لم يصح^(٦).

والفرق: أن المبيع في الأولى معلوم بالمشاهدة، وجهالة مبلغ الثمن في الحال

(١) انظر: الكافي (١٥/٢)، الشرح الكبير (٣٣٢/٢)، الإنصاف (٢٩٥/٤)، الإمتاع (٦٨/٢).

(٢) المغني (١١٥/٤).

(٣) انظر: الكافي (١٥/٢)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢)، الفروع (٢٩/٤)، غاية المنتهى (١٢/٢).

(٤) انظر: المغني (١١٤/٤)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢)، كشاف القناع (١٧٢/٣).

(٥) انظر: الإنصاف (٣٠٤/٤)، الإمتاع (٦٨/٢).

(٦) الكافي (١٥/٢)، المقنع (١٧/٢)، الفروع (٣٠/٤)، الروض المربع (١٦٨/٢).

تتفني بتفصيل جملة الصبرة من غير ضرر يلحقها فصح، كما لو كانا يعلمان مبلغها.
وليس كذا إذا قال: منها، لأن من تبعض، والتبعض مجهول، فلم يصح، كما
لو قال: بعثك بعضها^(١).

فصل

١٤٠ - إذا قال: بعثك جاريتي فلانة، ولم يرها ولم توصف له لم يصح.
ولو قال: زوجتك جاريتي، ولم يرها ولا وصفت له صح.
والفرق: أن المقصود في البيع المالية والربح، ولا يحصل ذلك إلا بالمعرفة
برؤية أو صفة.

بخلاف النكاح، فإن المقصود فيه المنافع والحل، وذلك لا تحصله الرؤية
لجواز كونها حسنة المنظر، قبيحة المخبر، وليس المقصود/ المالية، فظهر الفرق^(٢). [II/١٨]

فصل

١٤١ - إذا قال: بعثك عبدي بكذا، ولم يعرفه المشتري برؤية، ولا صفة، لم
يصح^(٣).

ولو قال: أعتقت عبدي أو عبداً لي، ولم يسمه، ولا وصفه، عتق^(٤).

والفرق: أن الأولى بيع مجهول، فلم يصح.
والثانية: عتق مجهول، وهو صحيح، إذ باب العتق أوسع، لأن البيع معاوضة،
والعتق إسقاط، والعتق - أيضاً - مبني على التغليب والسراية، والشارع متشوف إليه،
فافترقا.

فصل

١٤٢ - إذا باعه قفيزاً من صبرة يجعلان قفزاتها صح.
ولو باعه جريباً^(٥) من ضيعة يجعلان جريانها لم يصح^(٦).

(١) انظر: المغني (١/١٤٢-١٤٣)، الشرح الكبير (٢/٣٣١)، المبدع (٤/٣٦)، مطالب أولي النهي
(٤٢/٣).

(٢) المغني (٣/٥٨١-٥٨٠)، الشرح الكبير (٢/٣٢٣)، المبدع (٤/٢٥).

(٣) الهداية (١/١٣٠)، المقنع (٢/١١)، المحرر (١/٢٩١)، الفروع (٤/٢١).

(٤) الهداية (١/٢٣٧)، المقنع (٢/٤٨٩)، المحرر (٢/٤)، الإمتاع (٣/١٣٨).

(٥) انظر: القاموس المحيط (١/٤٥)، المصباح المنير (١/٩٥).

(٦) الهداية (١/١٣٠)، المقنع (٢/١٥)، الإمتاع (٢/٦٩)، منتهى الإرادات (١/٣٤٤).

والفرق: أن الصبرة متساوية الأجزاء، فمن أيها شاء أقبضه، فلا يفضي إلى تنازع.
بخلاف الضيعة، فإن أجزائها مختلفة، فيفضي إلى التنازع، مع كون المبيع مجهول الصفة حال العقد^(١).

فصل

١٤٣ - إذا باعه جريباً من ضيعة يعلمان مبلغ جربانها صح^(٢).

ولو باعه شاة من قطيع يعلمان عدده لم يصح^(٣).

والفرق: أن الجريب من جربان معلومة، فإن عينا موضعه وإلا فهو شائع، فإذا كانت عشرة كان عشرها، فكأنه باعه العشر.

وليس كذلك الشاة من القطيع، لأن الشاة لا يمكن شباعها، فيكون المقصود واحدة غير معينة، فيكون المبيع مجهولاً، فلم يصح لذلك^(٤)، فافترقا.

فصل

١٤٤ - إذا قال: بعثك نصف داري مما يلي دارك لم يصح.

ولو باعه النصف وأطلق صح.

والفرق: ما ذكره الإمام أحمد رضي الله عنه: أنه في الأولى لا يدري النصف عند العقد إلى أين ينتهي من الدار.

بخلاف ما إذا قال: بعثك نصفها، فإنه يقع مشاعاً^(٥).

فصل

١٤٥ - قال القاضي في المجرد: وكذا إذا باعه من الدار عشرة من هنا إلى

حيث ينتهي الذرع، فإنه لا يصح.

بخلاف ما إذا عين الانتهاء، فإنه يصح^(٦).

والفرق: ما تقدم.

(١) انظر: الكافي (١٤/٢)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢)، كشاف القناع (١٦٨/٣-١٧١).

(٢) انظر: الهداية (١٣٠/١)، المقنع (١٥/٢)، الكافي (١٤/٢)، الإمتاع (٦٩/٢).

(٣) انظر: المقنع (١٤/٢)، الكافي (١٤/٢)، الإمتاع (٦٧/٢)، منتهى الإرادات (٣٤٣/١).

(٤) انظر: الكافي (١٤/٢)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢-٣٢٧/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٤٨/٢-١٥٠).

(٥) انظر: المغني (١٤٥/٤)، الشرح الكبير (٣٢٨/٢)، كشاف القناع (١٧٠/٣)، مطالب أولي النهى (٣٥/٣).

(٦) انظر: الكافي (١٦/٢)، الإمتاع (٦٩/٢).

فصل

١٤٦ - إذا باعه مائة شاة بمائة شاة إلا شاة لم يصح .
ولو عين المستثناة صح . نص عليهما^(١) .
والفرق : أنه إذا عين كان المبيع والمستثنى معلومين فصح .
بخلاف ما إذا لم يعين ، فإنهما يصيران مجهولين^(٢) .

فصل

١٤٧ - إذا باعه ثمرة بأربعة آلاف إلا بقدر ألف صح .
ولو قال : إلا ما يساوي ألفاً لم يصح ، ذكره في المجرى .
والفرق : أن قوله : إلا بقدر ألف يعني : إلا ربعها ، لأنه باعه بأربعة آلاف ،
فبقدر ألف ربعها .
بخلاف الثانية ، فإن ما يساوي الألف قد يكون نصفها أو ثلثها أو كلها ، فهو
مجهول^(٣) ، فافترقا .

فصل

١٤٨ - إذا باعه الأصل دون الثمرة ، فسقيها على مالکها .
ولو باعه الثمرة دون الأصل لزم البائع سقيها ، دون مالکها^(٤) .
والفرق : أن بائع الثمرة يلزمه تسليمها على الكمال ، والسقي يكملها فلزمه ،
لأنه من تمام الإقباض .
/ بخلاف مشتري الأصول ، لأنه لا يلزمه إقباض الثمرة ، لأنها وقعت مستثناة [ب/٧٨]
للبائع^(٥) .

(١) انظر : الكافي (٣٤/٢) ، الإمتاع (٦٨-٦٧/٢) .

(٢) انظر : المغني (١١٥/٤) ، الشرح الكبير (٣٢٧/٢) ، المبدع (٣٠/٤) ، كشاف القناع (١٦٨/٣) .

(٣) المغني (١١٥/٤) ، الشرح الكبير (٣٢٨/٢) ، كشاف القناع (١٦٨/٣) ، شرح منتهى الإرادات (٢/١٤٨) .

(٤) انظر : الهداية (١٤٠/١) ، المقنع (٨٤٨١/٢) ، المحرر (٣١٦-٣١٥/١) ، الروض المربع (٢/١٨٥) .

(٥) انظر : المغني (١٠١/٤) ، الشرح الكبير (٤٥٣/٢) ، المبدع (١٧٠-١٦٥/٤) ، كشاف القناع (٣/٢٨٥) .

فصل

١٤٩ - إذا باعه رطبة^(١) بشرط القطع، فأجرته على المشتري.
ولو باعه مكيلاً أو موزوناً، فأجرة الكيل والوزن على البائع.
والفرق: أن التسليم واجب على البائع، ولا يحصل إلا بكيل المبيع ووزنه.
بخلاف بيع الرطبة، فإن تسليمها حصل، بدليل: ما لو تلف قبل القطع كان من [ضمان] المشتري، فظهر الفرق^(٢).

فصل

١٥٠ - إذا باعه جارية واستثنى حملها، بطل البيع والاستثناء^(٣).
ولو أعتقها إلا حملها، صح العتق والاستثناء^(٤).
والفرق: أن العقد على الأم يقتضي دخول حملها، وإفراد الحمل بالبيع لا يصح، فكذا استثناءه^(٥).
بخلاف العتق، فإنه يصح إفراده بالعتق، فصح استثناءه، كالمفصل^(٦).

فصل

١٥١ - إذا باع حيواناً مأكولاً، واستثنى رأسه وأطرافه، جاز.
ولو استثنى الشحم المقيب، لم يصح^(٧).
والفرق: أن في الأطراف قد حصل علم المستثنى والمستثنى منه فصح، كما لو باع ثلاث شياه، واستثنى منها شاة معينة^(٨)، ودل على صحته في الأطراف: ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل باع ناقة وشرط ثنيها^(٩)، قال: اذهبوا إلى

(١) الرطبة: بفتح الراء وسكون الطاء، وهي البقول التي تجز في حال اخضرارها قبل اليبس. انظر لسان العرب (٤١٩/١) - (رطب).

(٢) انظر: المغني (١٠٦/٤)، الشرح الكبير (٤٤٩/٢)، المبدع (١٦٧/٤)، كشاف القناع (٢٨٣/٣).

(٣) انظر: المقنع وحاشيته (١٦/٢)، المحرر والنكت والفوائد السنية عليه (٢٩٧/١)، الفروع (٤/٢٨)، الإمتاع (٧٠/٢).

(٤) انظر: المقنع (٤٧٨/٢)، المحرر (٤/٢)، الفروع (٨٣/٥)، غاية المنتهى (٤٢٢/٢).

(٥) انظر: المغني (١١٦-١١٧/٤)، الشرح الكبير (٣٢٩/٢)، المبدع (٣٣/٤).

(٦) انظر: الكافي (٥٨٥/٢)، الشرح الكبير (٣٥٠/٦)، المبدع (٢٩٥/٦).

(٧) انظر: المقنع (١٦-١٥/٢)، الكافي (٣٥/٢)، الفروع (٢٨/٤)، منتهى الإرادات (٣٤٤/١).

(٨) انظر: المغني (١١٦/٤)، الشرح الكبير (٣٢٩/٢)، المبدع (٣٢/٤).

(٩) انظر: النهاية في غريب الحديث (٢٢٤/١).

السوق، فإذا بلغت أقصى ثمنها، فأعطوه بحساب ثنيها. رواه الإمام أحمد رضي الله عنه.

وأما الشحم المغيب في بطنه فهو مجهول، فلم يصح، كما لو باع قطيعاً إلا شاة غير معينة^(١)، فظهر الفرق.

فصل

١٥٢ - إذا باع شاة على أنها حامل لم يصح^(٢).

ولو باع أمة بهذا الشرط صحح^(٣).

والفرق: أن الحمل زيادة في الشاة، والغالب سلامتها فيه، فشرطه في العقد يصيره معقوداً عليه، وبيع الحمل في البطن لا يصح لجهالته، ويبطل في الأم أيضاً، لأن الصفقة جمعت معلوماً ومجهولاً، فبطل فيهما.

بخلاف الأمة، فإن حملها عيب، لأن تلف الحاملات من الآدميات يكثر فإذا شرط في البيع كان كالبراءة من العيب، فكأنه باعها على ما فيها من العيب فصح، كما لو باعها عوراء أو عرجاء^(٤).

فصل

١٥٣ - يجوز بيع المدبر^(٥).

ولا يجوز بيع أم الولد^(٦).

والفرق: أن التدبير إيصال للمدبر برقبته، بدليل: اعتباره من الثلث، وتنجزه بالموت، فهو جائز، فيبعه كالرجوع في الوصية.

بخلاف أم الولد، فإن سبب عتقها لازم، بدليل: أنه لا يصح الرجوع عنه، وهو من رأس المال^(٧).

(١) انظر: المغني (١١٦/٤)، الشرح الكبير (٣٢٩/٢)، المبدع (٣٣/٤).

(٢) انظر: المغني (١٧٢/٤)، الشرح الكبير (٣٤٧/٢)، الإمتاع (٧٩/٢)، منتهى الإرادات (٣٥١/١).

(٣) انظر: المغني (١٧٢/٤)، الشرح الكبير (٣٤٧/٢)، الإمتاع (٧٩/٢)، منتهى الإرادات (١/٣٥١).

(٤) انظر: الفواكه العديدة (٢٠٩/١).

(٥) انظر: الهداية (١٢٩/١)، المقنع (٤٩٥/٢)، المحرر (٧/٢)، الروض المربع (٢٦٦/٢).

(٦) انظر: الهداية (١٢٩/١)، المقنع (٥١٧/٢)، المحرر (١١/٢)، الروض المربع (٢٦٧/٢).

(٧) انظر: المغني (٣٩٤-٣٩٣/٩)، الشرح الكبير (٣٨٨/٦)، المبدع (٣٢٩/٦)، كشاف القناع (٤/٥٣٥).

فصل

١٥٤ - يجوز بيع الجاني مطلقاً^(١).

ولا يجوز بيع المرهون^(٢).

والفرق: من أربعة أوجه:

أحدها: أن الحق المتعلق برقبة الجاني غير مستقر، بدليل: أنه يسقط إذا فداه سيده، فلم يمنع البيع، كما لو باع مالاً وجبت فيه الزكاة فإنه يجوز، لأن المالك يملك إسقاط الحق/ منه بدفع الزكاة من غيره، فكذا هذا. [١/١٩]

بخلاف المرهون، فإن الحق مستقر في رقبته، بدليل: أن الراهن لا يملك إسقاط الحق منه مع بقاء الدين^(٣)، قاله القاضي في المجرد.

[والذي] نص عليه أبو عبد الله السامري: بأن الجناية الموجبة للقصاص في النفس مقررة للحق في رقبته، بحيث لا يملك سيده إسقاطه بضمائه الدية، ومع ذلك يصح بيعه.

الثاني: أن الأرض تعلق برقبة الجاني بغير فعل السيد، فلا يكون السيد ببيعه معترضاً على تصرف سبق منه.

بخلاف المرهون، فإن الراهن عقد الرهن عليه باختياره، فإذا باعه فقد اعترض ببيعه على عقد لازم سبق منه لا خيار له فيه، والمالك إذا عقد على عين عقدين متناقضين، أولهما لازم، والثاني باطل، كما لو باع ثم باع، فالثاني باطل، كذا هنا.

الثالث: أن معنى تعلق حق المجني عليه برقبة الجاني انحصار حقه في رقبته، ولا يتعدى إلى ذمة السيد وأمواله، سواء وقت رقبته أو لم تف، ولا يملك المجني عليه حبسه، فإذا تلفت رقبته بغير فعل سيده سقط الحق المتعلق بها، وهذا التعلق لا يوجب زوال ملك مالكه عنه، ولا يوجب حجراً عليه فيه، بدليل: صحة هبته، وإجارته، وعتقه حتى عن الواجب. نص عليه، فإذا لم يكن محجوراً عليه فيه، وتسليمه ممكن، فيصح بيعه.

بخلاف المرهون، فإن المرتهن يملك حبسه، وذلك يوجب الحجر على راهنه فيه، ولذلك لا ينفذ تصرفه فيه بهبة، ولا إجارة، ولا وقف، ولا إعارة، فلم يجز بيعه، كالمحجور عليه لسفه أو فلس، قاله والذي قبله السامري رحمه الله.

(١) انظر: الهداية (١/١٢٩)، الكافي (٦/٢)، المحرر (١/٢٨٥)، الإمتاع (٢/٥٩).

(٢) انظر: الهداية (١/١٥٠)، الكافي (٢/١٤٣)، المحرر (١/٣٣٦)، الإمتاع (٢/١٥٨).

(٣) انظر: المغني (٤/١٨٨-١٨٧)، الشرح الكبير (٢/٣٠٩)، المبدع (٤/١١).

قلت: الرابع: وهو الذي انقذح لي: أن الرهن في الأصل إنما شرع وثيقة للمرتهن على دينه، حيث لم يرض بذمة المدين وحدها، وذلك يوجب حبس العين المرهونة عنده، وعدم جواز تصرف الراهن فيها، إذ لو جوز تصرفه فيها بما يخرجها عن الحبس لبطلت فائدة التوثقة، فلهذا لم يجز بيع المرهون.

وهذا بخلاف العبد الجاني، فإن التصرف فيه لا يفوت حق المجني عليه بإمكان استيفاء موجب الجناية، مع انتقاله من مالكة الأول إلى غيره، وذلك لأن وجوب ما أوجبه الجناية في رقة الجاني كان بإيجاب الشرع، فسواء بقي الجاني على ملك من جنى، وهو في ملكه أو انتقل عنه.

ولا كذلك تسلط المرتهن على العين، لأنه إنما تسلط عليها، وملك حبسها بتسليط الراهن، فلو جوز بيعها جاز تسلط الراهن، لانتقالها عنه، فيزول تسليطه [١٩/ب] للمرتهن، فيفوت حقه، فافترقا.

فصل

١٥٥ - إذا تباعا عيناً غائبة بالصفة، فوجدها المشتري على غير الصفة، فله الخيار، لا المطالبة بعين بدلها على تلك الصفة^(١).

ولو أسلم إليه في شيء فوجده على غير الصفة طالبه ببدل على تلك الصفة^(٢). والفرق: أن بيع الأعيان تتعلق بنفس المعين.

والسلم يتعلق بما ثبت في الذمة. فإذا دفع إليه شيئاً على غير الصفة، فهو غير ما وقع العقد عليه، فيطالبه بما وقع العقد عليه^(٣)، فافترقا.

فصل

١٥٦ - إذا اشترى جارية لم يجز له وطؤها، حتى يستبرئها^(٤). ولو تزوجها جاز وطؤها قبل الاستبراء^(٥).

(١) انظر: المغني (٣/٥٨٣)، الشرح الكبير (٢/٣٢٤)، الإنصاف (٤/٢٩٩)، مطالب أولي النهى (٣/٢٠).

(٢) انظر: الهداية (١/١٤٨)، الكافي (٢/١١٧)، المحرر (١/٣٣٤)، الإمتاع (٢/١٤٣).

(٣) انظر: المغني (٣/٥٨٣)، الشرح الكبير (٢/٣٢٤)، كشف القناع (٣/١٦٤-٦٣)، مطالب أولي النهى (٣/٢٢٠-٢٢).

(٤) انظر: الهداية (٢/٦٣)، الكافي (٣/٣٣٠)، المحرر (٢/١٠٩)، الإنصاف (٩/٣١٦).

(٥) انظر: الهداية (٢/٦٤)، الكافي (٣/٣٣٥)، المحرر (٢/١١٠)، النروع (٥/٥٦٤).

والفرق: أن الحكم بصحة نكاحها حكم ببراءة رحمها، كالحرة. بخلاف الشراء، فإن الحكم بصحته لا يقتضي البراءة، لأن الحبل لا ينافي الشراء فيجب استبرأؤها، ليعلم براءة رحمها^(١).

فصل

١٥٧ - إذا اشترى من إنسان داراً، وهي في يد ثالث، فادعائها لنفسه، ولم يتم البائع بينة بها، ففسخ القاضي العقد، ورد الثمن على المشتري، ثم ملك المشتري الدار بهية أو ميراث، أو صدقة أو غيره، لم يلزمه تسليمها إلى بائعها. ولو أقر له بملك الدار صريحاً واشتراها منه، ثم فسخ البيع لتأخر التسليم، ثم ملكها المشتري، لزمه تسليمها إلى بائعها.

والفرق: أن دخوله مع البائع يتضمن الإقرار له بملكها معنى لا تصريحاً، وللقاضي ولاية في فسخ العقود، فلما فسخ البيع انفسخ الإقرار الذي كان في ضمنه، وصار ذلك بمنزلة ما لو باع مريض عبداً لا يملك غيره، قيمته ألف بمائة، فيكون المريض محابياً للمشتري بتسعمائة، وموصياً له بها، فيقال للمشتري: زد في الثمن بمقدار ثلثي المحاباة، وإلا فسخ العقد، فإن لم يزد وفسخ العقد، فإنه يفسخ ما في ضمنه من المحاباة والوصية، ولا يكون للمشتري شيء لهذا المعنى، كذا ما نحن فيه.

بخلاف ما إذا أقر المشتري صريحاً: بأن الدار ملك البائع، لأنه أفرد إقراره، وليس للقاضي ولاية بإبطال الإقرارات، ثم هو بدخوله معه العقد مقر ضمناً، فإذا انفسخ العقد انفسخ ما في ضمنه، وثبت إقراره الصريح لا معارض له، كما لو أفرد الوصية عن المحاباة في المسألة المتقدمة، فإنه لو انفسخت المحاباة لم تنفسخ الوصية، فكذا هنا، فتفارقا.

فصل

١٥٨ - إذا اشترى داراً فاستحققت، رجع على البائع بالدرك^(٢).

ولو أقر أن الدار للبائع، ثم استحققت، لم يرجع عليه بشيء. ذكره القاضي في كتاب الإقرار من المجرد.

(١) المغني (٥١٠/٧)، الشرح الكبير (٨١/٥)، كشاف القناع (٤٣٨/٥)، فروق الكرايسي (٦٥/٢).

(٢) الدرك لغة: بفتح الدال والراء اللهاق والتبعة. انظر: لسان العرب (٤٦٩/١٠)، القاموس المحيط (٣٠١/٣).

والفرق: نحو ما تقدم في الفصل قبله: من أن دخوله معه في العقد إقرار له بالملك ضمناً، فلا يبنني عليه ما يبنني/ على الإقرار الصريح، والأصول فرقت بين [١/٢٠] الإقرارين، بدليل: جواز الإقرار لو ارث في مرض الموت، وجوازه بوارث، مع أنه تضمن الإقرار بالمال، وتعليه ما تقدم.

فصل

١٥٩ - إذا اشترى ما لم يره وصححناء، ثبت له خيار الرؤية، فلو أجازاه قبلها، لم يسقط خياره.
ولو فسخ قبلها، انفسخ^(١).

والفرق: أن إجازة البيع عبارة عن الرضا بالمعقود عليه، والرضا لا يمنع ثبوت الخيار مع عدم الرؤية، بدليل: أن نفس العقد يدل على الرضا، فلم يمتنع الخيار. بخلاف الفسخ، لأن الفسخ يدل على عدم الرضا، وعدم الرضا عند العقد يمنع لزوم حكمه، كما لو أكره على البيع، فوجوده بعده عند ثبوت الخيار يمنع لزومه، كتلف المبيع قبل التسليم.

فصل

١٦٠ - إذا قال: بعته بمائة دينار إلا درهماً، أو بمائة درهم إلا ديناراً، لم يصح^(٢).

ولو استثنى الدينار من الدنانير، والدراهم من الدراهم صح.
والفرق: أن المستثنى من جنس الثمن يكون الباقي معلوماً بعده بالأجزاء، فيصير كقوله: بعته بتسعة وتسعين^(٣).
بخلاف غير الجنس، فإن سقوطه بالقيمة، فيسقط من الدراهم بقيمة الدينار، وذلك مجهول حال العقد.

فصل

١٦١ - إذا تشاح المشتري والبائع في تسليم الثمن والمثمن، فإن كان الثمن عيناً، نصب عدل يقبض بينهما، ثم يقبضهما.

(١) انظر: الكافي (١٢/٢)، الفروع (٢٢/٤)، الإنصاف (٢٩٦/٤).

(٢) انظر: المقنع (١٨/٢)، الفروع (٣٠/٤)، غاية المتهى (١٣/٢)، الروض المربع (١٦٨/٢).

(٣) انظر: المغني (١١٧/٤)، الشرح الكبير (٣٣٤/٢)، المبدع (٣٧/٤)، مطالب أولي النهى (٣/٤١).

وإن كان في الذمة حالاً، أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم المشتري على تسليم الثمن^(١).

والفرق: أن كل واحد منهما في المسألة الأولى قد تعلق حقه بالعين، فلا مزية لواحد على الآخر، فلذلك لم يجبر أحدهما على التسليم قبل الآخر.

بخلاف ما إذا كان الثمن في الذمة، فإن حق المشتري تعلق بالعين، وحق البائع بالذمة، فقدم الحق المتعلق بالعين لقوته، كما يقدم حق المرتهن على باقي الغرماء^(٢).

فصل

١٦٢ - إذا اشترى أمة شراء فاسداً، ثم وطنها لزمه مهر المثل لبائعها.

ولو وطئ أمة بإذن سيدها لم يلزمه شيء.

والفرق: أن البائع في الأولى أذن للمشتري في وطئ ما ملكه عنه، فوطئ معتقداً أن وطأه في ملكه، فبان في غير ملكه، فكأنه وطئ أمة أخرى للبائع بغير أمره، فلزمه المهر.

بخلاف ما إذا أذن سيدها في وطنها، فإنه أسقط حقه بالإذن، فلذلك لم يجب مهر.

فصل

١٦٣ - إذا باعه صبرة لم يره باطنها صح^(٣).

ولو باعه ثوباً لم يره باطنه لم يصح^(٤).

والفرق: أن الصبرة من ذوات الأمثال، فيدل الحال على أن باطنها كظاهرها، ولهذا يتبايع الناس كثيراً ما هو من ذوات الأمثال برؤية أنموذج^(٥) منه يسير، لأن الظاهر أنه لا يختلف، فيصح البيع بحكم الظاهر، فإذا ظهر عيب كان له الخيار^(٦).

(١) انظر: الهداية (١/١٤٦)، المقنع (٢/٥٨-٥٩)، المحرر (١/٣٣٢)، الفروع (٤/١٣١)، غاية المتهى (٢/٤٧).

(٢) انظر: المغني (٤/٢١٩)، الشرح الكبير (٢/٤٠٢)، المبدع (٤/١١٥)، كشاف القناع (٣/٢٣٩).

(٣) انظر: الكافي (٢/١٤)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢)، الإنصاف (٤/٣٠٤)، غاية المتهى (٢/٩).

(٤) انظر: الفروع (٤/٢١)، المبدع (٤/٢٤)، الإنصاف (٤/٢٩٥)، غاية المتهى (٢/٩).

(٥) انظر: المصباح المنير (٢/٦٢٥)، القاموس المحيط (١/٢١٠)، انظر المبدع (٤/٢٥)، الإمتاع (٢/٦٥).

(٦) انظر: المغني (٤/١٣٧)، الشرح الكبير (٢/٣٣٢).

/ بخلاف الثوب، فإنه ليس من ذوات الأمثال، ولا يدل الحال على أن باطنه [٢٠/ب] كظاهره، لأنه يختلف غالباً، فيكون وجه الثوب أجود من باقيه، فلذلك لم يصح. وفرّق القاضي في المجرد: بأن الصبرة يشق باطنها، بخلاف الثوب^(١).

فصل

١٦٤ - إذا دخل الماء أرض إنسان، وفيه سمك، فتضرب الماء وبقي السمك، لم يملكه صاحب الأرض إلا بأخذه.
ولو كان له بركة لصيد السمك، فاحتبس فيها سمك ملكه بذلك^(٢).
والفرق: أن البركة المعدة لصيد السمك آلة للصيد، فهي كالشبكة، والشص^(٣)، والفخ^(٤)، فيملك ما يقع فيها.
بخلاف الأرض غير المعدة للصيد، فإنها ليست آلة، فلا يملك ما يدخلها إلا بأخذه، كما لو عثش فيها طائر^(٥).

فصل

١٦٥ - إذا اشترى غلاماً صانعاً فنسي صنعته، ثم وجد به عيباً فله رده، ولا يلزمه أن يرد معه شيئاً لأجل نسيان الصنعة^(٦)، نقله مهنا.
ولو ذهب بعض حواسه أو أجزائه، وأجزنا له الرد^(٧)، فإنه يلزمه أن يرد معه أرش العيب الحادث عنده^(٨).
والفرق: أن نقصان الصنعة نقص قيمة لا عين، فهو كنقص الأسعار.

-
- (١) انظر: المغني (١٣٧/٤)، الشرح الكبير (٣٣٢/٢).
(٢) انظر: الإنصاف (٤٣٨/١٠)، الإمتاع (٣٢٨/٤).
(٣) الشص: حديدة معقوفة يصاد بها السمك. انظر: القاموس المحيط (٣٠٦/٢)، المعجم الوسيط (٤٨٢/١).
(٤) الفخ: مصيدة يصاد بها الطيور والسباع. انظر: القاموس المحيط (٢٦٦/١)، المعجم الوسيط (١/٤٨٢).
(٥) انظر: المغني (٢٢٤/٤)، المبدع (٢٤٩/٩)، كشاف القناع (٢٢٨٢٢٧/٦).
(٦) انظر: الكافي (٨٥/٢)، الشرح الكبير (٣٨٣/٢)، الإمتاع (٩٧/٢)، منتهى الإرادات (٣٦٣/١).
(٧) انظر: الهداية (١٤٣/١)، الكافي (٨٥/٢)، الفروع وتصحيحه (١٠٦٠٥/٤)، الإمتاع (٢/٩٧).
(٨) انظر: الهداية (١٤٣/١)، الكافي (٨٥/٢)، الفروع وتصحيحه (١٠٦٠٥/٤)، الإمتاع (٢/٩٧).

بخلاف نقص جزء منه، فإنه نقص في العين، يمنع الرد من غير ضمان التالف^(١).

فصل

١٦٦ - إذا باع شيئاً واشترط نفعه، كسكنى الدار سنة ونحوه صح^(٢).
وإن اشترط نفع البائع كجز الرطبة لم يصح في رواية اختارها الخرقى.
والفرق: أن اشتراط منفعة المبيع استثناء بعض المبيع، وذلك جائز، بدليل:
جواز بيع العين المؤجرة، وهي مسلوقة المنفعة^(٣).
بخلاف استثناء منفعة البائع، لأنه يكون جامعاً بين إجارة وبيع، فهو جمع بين
بيعتين في بيعه^(٤)، وقد نهى النبي ﷺ «عن ذلك»، رواه أحمد^(٥).
قلت: الصحيح من المذهب: صحة اشتراط منفعة البائع والمبيع^(٦)، فلا فرق.

فصل

١٦٧ - إذا باع أمة، واستثنى خدمتها ونحوها من أعمالها مدة معلومة، جاز.
ولو استثنى وطأها، لم يجز^(٧).
والفرق: أن منافع الأمة غير البضغ يجوز تملكها، واستيفائها لغير مالك
الرقبة، كما تملك بالإجازة، فإذا استثنى منفعة منها فقد شرط ما يجوز له استيفاءه
فصح، كاستثناء جزء معلوم من المبيع.
بخلاف الوطء، فإنه لا يستباح إلا بعقد نكاح، أو ملك يمين كما دل عليه
الكتاب والسنة^(٨)، فظهر الفرق.

فصل

١٦٨ - إذا ملك عبده^(٩) مალأ ثم باعه، فالمال للبائع إلا أن يشترطه المبتاع.
رواية واحدة.

(١) انظر: المغني (١٦٦/٤)، الكافي (٨٦٨٥/٢)، الشرح الكبير (٣٨٣/٢)، المبدع (٩٢/٤).

(٢) انظر: الهداية (١٣٥/١)، المقنع (٢٧/٢)، المحرر (٣١٤/١)، منتهى الإرادات (٣٥٢/١).

(٣) انظر: المغني (١٠٩/٤)، الكافي (٣٦/٢)، الشرح الكبير (٣٤٤/٢)، المبدع (٥٤/٤).

(٤) انظر: الإنصاف (٣٤٦/٤).

(٥) انظر: الكافي (١٧/٢)، المبدع (٣٥/٤).

(٦) انظر: الكافي (٣٩/٢)، المحرر (٣١٤/١)، الإنصاف (٣٤٧-٣٤٦/٤)، الإمتاع (٨٠/٢).

(٧) انظر: الكافي (٣٦/٢)، الفروع (٥٩/٤)، الإمتاع (٧٩/٢).

(٨) انظر: المغني (١١٠/٤)، الكافي (٣٦/٢)، الشرح الكبير (٣٤٤/٢)، كشف القناع (٣/١٩١-١٩٠).

(٩) انظر: المقنع (٨٥/٢)، الفروع (٨٥/٤)، الإنصاف (٨١/٥)، وقال: (بلا نزاع في الجملة)، منتهى الإرادات (٣٩٠/١).

ولو أعتق، ففيه روايتان: إحداهما: للسيد^(١)، والأخرى: للعبد.
والفرق: أن رق العبد يمنع من تمام ملكه، فلا يملكه ملكاً تاماً، بدليل: أنه لا
زكاة عليه/ في ماله، وإذا لم يتم ملكه عليه لم يزل ملك سيده.
بدليل: أنه له انتزاعه منه بكل حال، فإذا لم يزل ملك سيده عن المال، وباع
العبد بطل تملكه.
وأما إذا أعتقه، فالسيد مَلَكه المال، وإنما منع من تمام ملكه واستقراره رقه،
فإذا زال رقه بعته تم ملكه.

فصل

١٦٩ - إذا اشترى الواحد شيئين صفقة، فوجد بأحدهما عيباً فليس له إلا
ردُّهما، أو إمساكهما وأرش العيب^(٢).
ولو اشترى اثنان شيئاً صفقة، فوجدا به عيباً، فطلب أحدهما الرد جاز
ذلك^(٣). نص عليه، مفرقاً بينهما، في رواية ابن القاسم^(٤).
والفرق: أن العقد إذا كان في طريقه عاقدان فهو عقدان، فلا يكون رد أحدهما
مفرقاً للصفقة.
بخلاف الأولى، فإنه عقد واحد فلم يجز تفريقه^(٥).

فصل

١٧٠ - إذا اشترى دابة بشرط الخيار، فركبها ليختبرها، فهو على خياره.
ولو اشتراها، فوجد بها عيباً، ثم ركبها، كان هذا رضى بالعيب، وسقط خياره.
والفرق: أنه شرط الخيار ليختبر، والركوب من الاختبار.
وأما في العيب، فلم يجعل له أن يختبر، فعدوله عن الرد إلى الاختبار رضى
منه بالعيب، فافتقراً^(٦).

-
- (١) انظر: المقنع (٤٨٠/٢)، القروع (١٠٧/٥)، الإنصاف (٤٠٨/٧)، منتهى الإرادات (١٢٤/٢).
(٢) انظر: الهداية (١٤٣/١)، الكافي (٨٧/٢)، المحرر (٣٢٦/١)، الإنصاف (٤٣٠/٤)، الإمتاع (١٠٠/٢)، منتهى الإرادات (٣٦٥/١).
(٣) انظر: الهداية (١٤٣/١)، المقنع (٤٩/٢)، المحرر (٣٢٦/١)، الإمتاع (٩٩/٢).
(٤) انظر: تاريخ بغداد (٣٤٩/٤)، طبقات الحنابلة (٥٥/١)، المنهج الأحمد (٣٦١/١).
(٥) انظر: المغني (١٧٨-١٧٧/٤)، الشرح الكبير (٣٨٩-٣٨٨/٢)، المبدع (٩٩-٩٨).
(٦) انظر: المغني (٥٦٩-٥٧٠/٣)، الكافي (٥١-٥٠/٢)، الشرح الكبير (٣٦٨/٢)، الروض المربع (١٧٤/٢).

فصل

١٧١ - إذا اشترى أمة على أنها كتابية فبانت مسلمة، فله الخيار^(١).

ولو تزوج امرأة على أنها كتابية، فبانت مسلمة، فلا خيار له^(٢).

والفرق: أن المقصود بالشراء الربح، وكثرة المالية، والكتابية أكثر مالية من المسلمة، لأنها يرغب فيها المسلم والكافر^(٣).

بخلاف النكاح، فإنه لا يقصد فيه المالية، وإنما يقصد به السكن والصحابة والاستمتاع، وذلك من المسلمة خير من الكتابية، فقد حصل له زيادة على ما شرط، فلذلك لم يثبت له الخيار^(٤).

فصل

١٧٢ - إذا اشترى شيئاً فوجد به عيباً، فاختر إمساكه والمطالبة بأرشف عيبه، قوم صحيحاً ومعيباً، ونسب تفاوت القيمتين إلى الثمن الذي اشترى به، ورجع به^(٥). مثاله: أن يشتري عبداً بمائة، فيجد به عيباً، قوم صحيحاً بمائتين، ومعيباً بمائة وستين، فيرجع هنا على البائع بخمس الثمن، وهو عشرون.

ولو حدث بالمبيع عيب عند المشتري، وجوز رده بالعيب القديم، لزم أن يرد معه أرشف العيب الحادث عنده، فيقوم المبيع وبه العيب القديم، ويقوم والقديم والحادث فيه، فيرد التفاوت غير منسوب إلى الثمن^(٦).

والفرق: أنه لو وجب في الأولى ما نقصه العيب غير منسوب إلى الثمن، لاجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشتراه بمائة وقيمته مائتان، فظهر فيه عيب نقصه نصف قيمته، فإذا رجع بذلك منسوباً إلى الثمن لم يتأت ذلك أبداً^(٧).

بخلاف أرشف العيب الحادث عند المشتري، فإنه لا يؤدي إلى اجتماع الثمن والمثمن/ لواحد، ويعتبر قيمة هذا يوم العقد: لأن الزيادة بعده على ملك المشتري،

(١) انظر: المغني (١٧١/٤)، المحرر (٣١٣/١)، الإنصاف (٣٤١/٤)، الإمتاع (٧٩/٢).

(٢) انظر: الكافي (٧٢/٣)، المحرر (٢٤/٢)، الفروع مع تصحيحه (٢١٩/٥)، الإمتاع (١٩٣/٣).

(٣) انظر: المغني (١٧١/٤)، الشرح الكبير (٣٤٧/٢)، المبدع (٥٢/٤).

(٤) انظر: الكافي (٧٢/٣)، الشرح الكبير (٢٤٥/٤)، المبدع (٩٠/٧).

(٥) انظر: الكافي (٨٤/٢)، المحرر (٣٢٤/١)، الفروع (١٠٥/٤)، الإمتاع (٩٦/٢).

(٦) انظر: المغني (١٦٤/٤)، الشرح الكبير (٢٨٢/٢)، المبدع (٩١/٤)، الإمتاع (٧٩/٤).

(٧) انظر: المغني (١٦٣/٤)، الشرح الكبير (٢٨٠/٢)، المبدع (٨٨/٤)، كشاف القناع (٣/٣).

فلا تقوم عليه^(١).

فصل

١٧٣ - إذا تبايعا ذهباً بورق عيناً بعين^(٢)، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً من جنسه^(٣)، لم يكن له البذل^(٤).

ولو تبايعا ذلك بالصفة، ثم تقابضاه في المجلس، ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً من جنسه، فله البذل^(٥).

والفرق: أن النقود تتعين بالعقود، فالعقد وقع على هذه العين، فلا يجوز تغييره، كما لو وجد بعبد اشتراه عيباً، فإنه لا يملك إيداله، فكذا هنا^(٦).

بخلاف الثانية، فإن العقد وقع على شيء في الذمة، فإذا دفع إليه شيئاً كان عوض ما في الذمة، فإذا وجده على غير الصفة الثابتة في الذمة كان له إيداله^(٧).

فصل

١٧٤ - إذا كان لإنسان على آخر دينار ديناً، فأحال به على من له عليه دينار ديناً، فصارف^(٨) به المحال للمحال عليه جاز. نص عليه في رواية بكر بن محمد عن أبيه^(٩).

ولو أحاله بالدينار على من لا يستحق عليه شيئاً، فقبلها، ثم صارفه لم يجز. نقله عنه ابن القاسم.

والفرق: أن الحوالة في الأولى حوالة صحيحة، نقلت الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فجاز أن يصارفه عليه، كما لو صارف من له عليه ثمن مبيع أو نحوه.

(١) انظر: المبدع (٩١/٤)، كشاف القناع (٢٢١/٣)، مطالب أولي النهى (١١٦/٣).

(٢) هو أن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم، ويشير إليهما، وهما حاضران، انظر: المغني (٤/٧٤).

(٣) انظر: المبدع (١٥٢/١٤)، الإمتاع (١٢١/٢).

(٤) انظر: المغني (٨٤/٤)، الشرح الكبير (٤٣٤/٢)، الفروع (١٦٤/٤)، كشاف القناع (٢٦٧/٣).

(٥) انظر: المغني (٥٢/٤)، الشرح الكبير (٤٣٥/٢)، الفروع (١٦٥/٤)، الإمتاع (١٢١/٢).

(٦) انظر: المغني (٤٨/٤)، الشرح الكبير (٤٣٤/٢)، المبدع (١٥٣/٤)، كشاف القناع (٢٦٧/٣).

(٧) انظر: المغني (٥٢/٤)، الشرح الكبير (٤٣٥/٢)، المبدع (١٥٤/٤)، كشاف القناع (٢٦٨/٣).

(٨) الصرف: لغة فضل الدراهم بعضها على بعض من الجودة. انظر: المصباح المنير (٣٣٨/١)، القاموس المحيط (١٦١/٣). انظر: الإمتاع (١٢٠/٢)، منتهى الإرادات (٣٨٠/١).

(٩) انظر: طبقات الحنابلة (١١٩/١)، المنهج الأحمد (٣٨١/١).

بخلاف الثانية، فإن الحوالة فيها باطلة، فهو اقتراض المحيل من المحال عليه، والمحتال نائب في المعنى للمحيل في الاقتراض، ومن اقترض دراهم أو دنانير لم يجز مصارفته عنها قبل قبضها، لأنه لم يملكها بعد، وإذا لم يملكها فهو مصارف بالعوض الذي يثبت في ذمته بالقرض، فيكون صرفاً بنسيئة وهو باطل، فافتراقاً.

فصل

١٧٥ - إذا أسلف الأعمى في كُر حنطة صح.

ولو اشتراه من صبرة معينة وضع يده عليها لم يصح^(١).

والفرق: أن من شرط صحة البيع معرفة المشتري بأوصاف المبيع المعتبرة، وقد حصلت للأعمى فيما اشتراه سلفاً، وجهلها فيما اشتراه من الصبرة إذا لم يوصف له.

فصل

١٧٦ - إذا أسلم في عبد وجارية، وذكر شروط السلم صح^(٢).

ولو اشترط كونه ابنها لم يصح^(٣).

والفرق: أن من شرط صحة السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند المَحِل^(٤)، ولا يصح إذا كان وجوده نادراً، كجعل محل العنب المسلم فيه في شباط^(٥) ونحو ذلك، واشترط كون العبد ابن الجارية من هذا، فلم يصح. بخلاف ما إذا لم يشترط ذلك، فإنه لا يكون وجوده نادراً^(٦).

فصل

١٧٧ - إذا اشترط أجود الطعام لم يصح السلم.

وإن اشترط أردأه صح^(٧).

(١) انظر: المغني (٤/٢٣٢)، الشرح الكبير (٢/٣٢٦)، الفروع (٤/٢٢)، الإمتاع (٢/٦٦).

(٢) انظر: الهداية (١/١٤٦)، الكافي (٢/١١٠)، الفروع (٤/١٧٣)، الإمتاع (٢/١٣٦).

(٣) انظر: الكافي (٢/١١٥)، المبدع (٤/١٩٣)، منتهى الإرادات (١/٣٩١).

(٤) انظر: بكسر الحاء: كشف القناع (٣/٣٠٣).

(٥) انظر: الكافي (٢/١١٤).

(٦) انظر: المغني (٤/٣٢٥)، الشرح الكبير (٢/٤٦٨)، المبدع (٤/١٩٣).

(٧) الكافي (٢/١١٤-١١٥)، المحرر (١/٣٣٣)، الإنصاف (٥/٩٤)، الإمتاع (٢/١٣٩).

والفرق: أن الأجود لا يوقف عليه، فإذا أتاه بأجود طلب أجود منه، فيقع التنازع، ولا يحصل ما يقطعه، فلم يصح.
بخلاف الأردأ، فإنه إذا لم يأت به فقد أتاه بخير مما أسلم إليه فيه، فيلزم قبوله، فلذلك صح^(١).

فصل

١٧٨ - إذا أسلم إلى رجل في عبد، وقبض عند المَجْل عبداً، ثم أحضر عبداً، وادعى: أنه هو الذي قبضه منه، / وأنه بخلاف الصفات المشترطة، أو أن به عيباً [١/٣٢] قديماً، فأنكر المسلم إليه، وقال: المقبوض مني غيره، ولا بينة، فالقول قول المشتري^(٢).

ولو اشترى عبداً وقبضه، ثم أحضر عبداً، وقال: هو الذي ابتعته، وقد ظهر به عيب، ولا بينة، فقال البائع: ليس المبيع هذا المردود، فالقول قوله^(٣).

والفرق: أنه في الأولى قد ثبت للمشتري في ذمة البائع ما انعقد عليه عقد السلم بصفاته، فلا يقبل قول البائع في براءة ذمته، ويحتاج إلى بينة، أو يحلف المشتري أنه لم يقبض منه غير العبد المحضر^(٤).

وهذا بخلاف المسألة الثانية، لأن الأصل براءة ذمة البائع، وأن العبد الذي أحضره المشتري لم يبعه البائع، فلذلك كان القول قوله مع عدم البينة فافتقراً^(٥).

فصل

١٧٩ - قلت: قد تقرر: أنه إذا قال البائع: ليس المبيع هذا المردود كان القول قوله، إذا كان رد المشتري للسلعة للعيب.

ولو رده إياه لخيار، فأنكر البائع كونها سلعته، فالقول قول المشتري، حكاية ابن المنذر عنه^(٦).

(١) الكافي (١١٥/٢)، المغني (٣١١/٤)، الشرح الكبير (٤٦٣/٢)، المبدع (١٨٦/٤).

(٢) انظر: تصحيح الفروع (١١٤/٤)، الإنصاف (٤٣٣/٤)، الإمتاع (١٠١/٢)، غاية المنتهى (٢/٤٤).

(٣) انظر: المغني (١٨٤/٤)، الشرح الكبير (٣٩٠/٢)، المبدع (١٠٠/٤)، الإنصاف (٤٣٢/٤).

(٤) انظر: تصحيح الفروع (١١٤/٤)، كشف القناع (٢٢٧/٣)، مطالب أولي النهى (١٢٣/٣).

(٥) انظر: المغني (١٨٥/٤)، الشرح الكبير (٣٩٠/٢)، كشف القناع (٢٢٧/٣)، مطالب أولي النهى (١٢٣/٣).

(٦) تاريخ بغداد (٧٣/٢)، طبقات الحنابلة (٢٨٤/١)، تهذيب التهذيب (٢١/٩).

والفرق: ما ذكره أبو محمد في المغني: أن المشتري في الأولى يدعي استحقاق الفسخ بالعيب، والبائع ينكره، والقول قول المنكر. بخلاف الثانية، فإنهما اتفقا على استحقاق الفسخ^(١).

فصل

١٨٠ - إذا باع بدراهم معينة وقبضها، ثم أحضر دراهم وادعى: أنها التي باع بها وهي معينة، فأنكر المشتري كونها التي اشترى بها، ولا بينة لواحد منهما، فالقول قول المشتري مع يمينه.

ولو كان البيع في الذمة، ثم نقله المشتري الثمن، ثم اختلفا كذلك ولا بينة، فالقول قول البائع مع يمينه.

والفرق: أن القول في الدعاوى قول من الظاهر معه، والظاهر مع البائع في الصورة الثانية لأنه قد ثبت له في ذمة المشتري ما انعقد عليه العقد غير معيب، فلم يقبل قوله في براءة ذمته.

بخلاف الصورة الأولى، فإن الأصل براءة ذمة المشتري وعدم قوله في براءة ذمة المشتري، وعدم وقوع العقد على الدنانير التي ادعى البائع وقوع العقد عليها^(٢).

فصل

١٨١ - لا يجوز لرب السلم التصرف فيه، ولا أخذ البدل عنه قبل قبضه، فإن فعل لم يصح^(٣).

ولو باع شيئاً بثمن في الذمة وسلم المبيع، جاز له التصرف في الثمن قبل قبضه، وأخذ البدل عنه، والحوالة به^(٤).

والفرق: أن المسلم فيه غير مستقر، بل هو معرض للفسخ، لتعذر وجوده عند محله، فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كما لو اشترى ما يحتاج إلى قبض وتصرف فيه قبل قبضه، فإنه لا يجوز، فكذا هنا^(٥).

بخلاف الثمن في الذمة، فإنه مستقر، ودل على الجواز هنا أيضاً: ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: إني أبيع الإبل بالبيع،

(١) المغني (٤/١٨٤-١٨٥)، الشرح الكبير (٢/٣٩٠)، المبدع (٤/١٠٠)، كشف القناع (٣/٢٢٧).

(٢) انظر: الإنصاف (٤/٤٣٣)، تصحيح الفروع (٤/١١٤)، كشف القناع (٣/٢٢٧).

(٣) انظر: الهداية (١/١٤٨)، الكافي (٢/١٢٠)، الإمتاع (٢/١٤٣)، منتهى الإرادات (١/٣٩٥).

(٤) انظر: المقنع (٢/٩٦)، الإنصاف (٥/١١٠)، الإمتاع (٢/١٤٤).

(٥) انظر: المغني (٤/٣٣٤-٣٣٥)، الشرح الكبير (٢/٤٧٣)، كشف القناع (٣/٣٠٦).

فأبيع بالدنانير، وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، فقال: «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها، ما لم تتفرقا وبينكما شيء»، رواه أبو داود وغيره، فأجاز له أخذ البذل عما ثبت في الذمة من/ الثمن^(١)، فظهر الفرق.

[٢٢/ب]

فصل

١٨٢ - إذا تقايلا^(٢) السلم جاز تفرقهما قبل قبض رأس ماله^(٣).

ولو كان له في ذمة إنسان ألف درهم قرض، فاشترى منه بها طعاماً أو دنانير لم يجز التفرق قبل القبض^(٤).

والفرق: أنه بالمقابلة زال عقد السلم، ووجب رد رأس ماله بحكم القبض السابق، فصار كالمقبوض على وجه السوم^(٥)، إذا لم يتم بينهما بيع لا يشترط قبضه قبل التفرق^(٦)، كذا هنا.

بخلاف هذا في الثانية، فإنهما قد تباعا عوضين، أحدهما: دين، فإذا تفرقا بغير قبض كان بيع دين بدين، وبذلك لا يجوز^(٧).

فصل

١٨٣ - يجوز بيع خل العنب بخل التمر، متساوياً ومتفاضلاً^(٨).

ويجوز بيع خل الزبيب بمثله، وخل التمر بمثله، متساوياً لا متفاضلاً. نص عليه^(٩).

ولا يجوز بيع [خل] العنب بخل الزبيب، لا متساوياً ولا متفاضلاً^(١٠).

-
- (١) انظر: الشرح الكبير (٤٧٣/٢)، المبدع (١٩٨/٤)، كشاف القناع (٣٠٧/٣).
 (٢) الإقالة لغة: الفسخ والترك. انظر: لسان العرب (٥٧٩/١١)، القاموس المحيط (٤٣/٤).
 واصطلاحاً: فسخ العقد. انظر: المبدع (١٢٣/٤)، كشاف القناع (٢٤٨/٣).
 (٣) انظر: المحرر (٣٣٤/١)، الإنصاف (١١٤/٥)، الإمتاع (١٤٤/٢)، منتهى الإرادات (٣٩٥/١).
 (٤) المغني (١٣٤/٤)، الشرح الكبير (٤٧٣-٤٧٤/٢)، المبدع (١٩٨-١٩٩/٤)، غاية المنتهى (٢/٧٩).

- (٥) صورة المقبوض على وجه السوم: هو أن يساومه شخص آخر في مبيع، ثم يأخذه ليريه أهله فيرفضوه. انظر: الإمتاع (١٨٠/٢)، الروض المربع (١٩٦/٢).
 (٦) من مطالب أولي النهى (٣٢١/٣).
 (٧) انظر: المغني (١٣٤/٤)، الشرح الكبير (٤٧٤/٢)، المبدع (١٩٨-١٩٩/٤)، كشاف القناع (٣٠٦).

- (٨) انظر: الكافي (٥٧/٢)، الفروع (١٥٤/٤)، المبدع (١٣٣/٤)، الإمتاع (١١٥/٢).
 (٩) انظر: المغني (٢٧/٤)، الكافي (٦٠/٢)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، غاية المنتهى (٥٤/٢).
 (١٠) انظر: المغني (٢٧/٤)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، الإنصاف (١٨/٥)، الإمتاع (١١٦/٢).

والفرق: أن خل العنب والتمر جنسان، فجاز بيعهما بالتساوي والتفاضل، كبيع التمر بالعنب^(١).

وأما بيع خل التمر بمثله، وخل الزبيب بمثله، فهو بيع جنس بمثله، فجاز متساوياً، لا متفاضلاً، كسائر الأموال الربوية^(٢).

وأما بيع [خل] العنب بخل الزبيب، فهما جنس واحد في أحدهما وهو خل الزبيب من غير جنسه، وهو الماء، فلم يجز^(٣)، كبيع تمر منزوع النوى بتمر غير منزوعه^(٤).

بخلاف المسألتين الأخريين، لأن الماء في كل واحد منهما متساوياً، فظهر الفرق.

فصل

١٨٤ - إذا أقرضه دراهم، وقال: إن مت فأنت في حلٍّ لم يصح.

ولو قال: إن مت صح، وكانت وصية. نص عليهما في رواية المروزي^(٥).

والفرق: أن الأولى إبراء بشرط، فلم يصح.

والثانية تعليق للإعطاء بالموت، فكان وصية معتبرة من الثلث، فأشرك الفرق^(٦).

فصل

١٨٥ - إذا قال لرجل: اكفل عني، ولك ألف، لم يصح.

ولو قال: اقترض لي، ولك ألف، صح، نص عليهما في رواية ابن منصور^(٧).

والفرق: أن الكفيل ضامن يلزمه المال المكفول به، فيكون بضمانه باذلاً لماله، فلو قيل: بجواز أخذ العوض على ذلك لأشبه القرض الجار نفعاً، وهو لا يجوز.

(١) انظر: الكافي (٥٧/٢)، المغني (٢٥/٤)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، المبدع (١٣٢/٤).

(٢) انظر: المغني (٢٤/٤)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، المبدع (١٣٢/٤).

(٣) انظر: المغني (٢٧/٤)، الشرح الكبير (٤٢١/٢)، الإنصاف (١٨/٥)، كشاف القناع (٢٥٥/٣).

(٤) انظر: المغني (٢٦/٤)، الشرح الكبير (٤٢٧/٢)، المبدع (١٤٦/٤)، كشاف القناع (٢٦٢/٣).

(٥) تاريخ بغداد (٤٢٣/٤)، طبقات الحنابلة (٥٦/١)، المنهج الأحمد (٢٥٢/١).

(٦) الكافي (١٢٧/٢)، المغني (٣٥٩/٤)، الشرح الكبير (٤٨٧/٢).

(٧) تاريخ بغداد (٣٦٢/٢)، طبقات الحنابلة (١١٣/١)، تهذيب التهذيب (٢٤٩/١).

بخلاف الثانية، فإن ما أخذه عوض ما بذله من جاهه، فلذلك جاز^(١).

فصل

١٨٦ - إذا اشترى إنسان نصف عبد بخمسين، وآخر النصف الآخر بمائة، ثم باعاه مساومة بثلاثمائة، فهي بينهما نصفين، رواية واحدة^(٢).
ولو باعاه مرابحة^(٣)، كان بينهما أثلاثاً^(٤). نص عليه.

والفرق: أن المساومة لا تحتاج إلى مضمون العقد الأول، بدليل: أنه لو كان موهوباً جاز بيعه مساومة، وإذا لم يعتبر مضمون العقد الأول صار كأنهما ورثاه، فباعاه مساومة، ولو كان كذا لكان بينهما نصفين، فكذا هذا. [١/٢٣]

بخلاف المرابحة، فإنها مبنية على العقد الأول، وهو لهما أثلاثاً، فكان هذا مثله^(٥).

فصل

١٨٧ - إذا كان له في ذمة رجل دراهم أو دنانير، فاشترى بها عرضاً من غيره لم يصح. نص عليه^(٦).

ولو اشتراه بثلث من ذمته، ثم أحال بثلثه على من له في ذمته الدراهم أو الدنانير صح^(٧).

والفرق: أنه في الأولى ابتاع العوض بثلث من ضمانه، ولا يقدر على تسليمه فلم يصح، كما لو اشترى بعين مال الغير^(٨).

بخلاف الثانية: فإنه اشترى بمال يقدر على تسليمه، وهو داخل في ضمانه. ولا يرد على هذا لو اشترى العرض بتلك الدراهم ممن هي في ذمته، لأنه

(١) الكافي (١٢٧/٢)، المغني (٣٥٩/٤)، الشرح الكبير (٤٨٧/٢).

(٢) المغني (٢١٠/٤) وقال: «لا نعلم فيه خلافاً»، الشرح الكبير (٣٩٨/٢)، الإنصاف (٤٤٥/٤)، الإمتاع (١٠٦/٢).

(٣) المغني (١٩٩/٤)، الفروع (١١٨/٤).

(٤) المغني (٢١٠/٤)، الشرح الكبير (٣٩٨/٢)، الفروع (١٢٢/٤)، الإنصاف (٤٤٥/٤)، الإمتاع (١٠٦/٢).

(٥) الكافي (١٠١/٢)، المغني (٢١٠/٤)، الشرح الكبير (٣٩٨/٢).

(٦) المقنع (٩٦/٢)، الشرح الكبير (٤٧٤/٢)، الفروع (١٨٥/٤)، الإنصاف (١١٢/٥).

(٧) الكافي (٢١٨/٢)، الفروع (٢٥٥/٤)، الإمتاع (١٨٧/٢).

(٨) الشرح الكبير (٤٧٤/٢)، المبدع (١٩٩/٤)، كشف القناع (٣٠٧/٣).

حيثئذ قد تم العقد بثمان مقبوض، فقد أمن الانفساخ بتعذر قبض الثمن، بخلاف ما نحن فيه، فظهر الفرق.

فصل

١٨٨ - إذا كان له على رجل ألف، وقال له: أسلمت إليك ألفاً في أكرار حنطة، وأراد جعل الألف مال السلم لم يصح^(١).

ولو اشترى منه ألف درهم بمائة دينار، فقبض رب الدين وهو البائع المائة، وقال: اجعل الألف بالألف التي لي عندك، ففعل صح^(٢).

والفرق: أن قبض رأس مال السلم في المجلس شرط، ولم يوجد. وعقد الصرف بما في الذمة جائز، بدليل: ما لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فاشترى بها منه ديناراً، وقبضه في المجلس جاز، فافترقا.

فصل

١٨٩ - إذا استدان العبد غير المأذون له، ثم ورثه رب الدين فأعتقه، لم يسقط دينه^(٣).

ولو أتلف العبد مال إنسان، ثم ورثه، وأعتقه، سقط ما تعلق برقبته من قيمة المتلف^(٤).

والفرق: أن الدين يتعلق بالذمة، والعق لا يخرمها. بخلاف قيمة المتلف، فإنه يتعلق برقبته، وبعتقه تلف ملك الرقبة، فسقط ما يتعلق بها.

قلت: وما حكاها في المسألة الأولى هو رواية في المذهب، أعني: تعلق دين العبد غير المأذون بذمته، والصحيح تعلق ذلك برقبته.

فصل

١٩٠ - إذا استدان المأذون له تحلقت ديونه بذمة سيده^(٥).

(١) المغني (٣٢٩/٤)، الشرح الكبير (٤٧٠/٢)، المبدع (٩٥/٤).

(٢) المغني (٤٤٨-٤٤٧/٩)، الشرح الكبير (٤٢١/٦)، الفروع (١٩١/٤)، غاية المتهي (٨١/٢).

(٣) المغني (٢٧٣/٤)، الشرح الكبير (٥٧٤/٢)، المحرر (٣٤٨/١)، الإنصاف (٣٤٥/٥)، الإمتاع (٢٣٠/٢).

(٤) المغني (٢٧٤/٤)، الشرح الكبير (٥٧٤/٢)، الإنصاف (٣٤٨/٥)، حاشية المقنع (١٤٧/٢).

(٥) انظر: الهداية (١٦٦/١)، المقنع وحاشيته (١٤٧/٢)، الفروع (٣٢٦/٤)، الإمتاع (٢٣٠/٢).

ولو استدان المكاتب تعلقت بذمته^(١)، نص عليه في رواية ابن الحارث^(٢).
والفرق: أن المأذون له وما في يده لسيده، فالمعاملة مع السيد، والعبد آلة^(٣).
بخلاف المكاتب، فإن تصرفاته لنفسه، وما في يده لا يملك سيده أخذه منه،
فتعلقت ديونه بذمته، كالحر^(٤)، فظهر الفرق.

كتاب الرهن

فصل

١٩١ - إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ، موسراً كان أو معسراً.

نص عليه، ولو باعه، أو وهبه، لم يصح^(٥).

والفرق: أن العتق صادف محلاً غير مشغول بحق المرتهن، وهو الرق، وحق المرتهن مورده المالية التي في العبد، والرق غير المالية، بدليل: أن المعلق عتقه بصفة يعود بعد زوال الملك بالبيع، لأن مورده الرق ولم يتبدل. ولو كان مورده المالية لم يعد، لأنها/ قد تبدلت، وأهل دار الحرب أرقاء، ولا مالية فيهم، والمالية [٢٣/ب] ثابتة في البهائم ولا رق، فبان انفصال الرق من المالية، فإذا ثبت بطلان الرق بطلت المالية، كما في السراية إلى ملك الغير.

بخلاف الهبة والبيع، فإن موردهما المالية، وقد تناولها عقد الرهن، فلذا لم ينفذ.

قلت: هكذا ذكره السامري، وفي قوله: لأن مورده الرق ولم يتبدل نظر، لأنه كما تبدلت المالية - بأن كان مال زيد، فصار مال عمرو - كذلك تبدل الرق، فكان رقيق زيد، فصار رقيق عمرو، فبان أن الرق تبدل، كما تبدلت المالية من غير فرق، والله أعلم.

وأيضاً فإن الرهن لا يزيل ملك الراهن، بل يده ثابتة، فلا يمنع من تصرف لا يقف على اليد كالعتق، وإنما لم يقف على اليد، لأنه ينفذ في الآبق والمغصوب والمكاتب، مع عدمها فيهم، ولا بد في البيع والهبة منها، بدليل: عدم صحتهما في شيء مما ذكرنا.

(١) انظر: المقنع (٥١٠/٢)، المحرر (١٠/٢)، الفروع (١١١/٥)، الإمتاع (١٤٧/٣).

(٢) انظر: تاريخ بغداد (٥٥/٦)، طبقات الحنابلة (٩٤/١).

(٣) انظر: المغني (٢٧٤/٤)، الشرح الكبير (٥٧٤/٢)، المبدع (٣٥١/٤).

(٤) انظر: المغني (٤٧٧/٩)، الشرح الكبير (٤٣٨/٦)، المبدع (٣٤٥/٦)، كشاف القناع (٥٤٩/٤).

(٥) انظر: الهداية (١٥٠/١)، المقنع (١٠٤/٢)، المحرر (٣٣٦/١)، الإمتاع (١٥٨/٢).

وأيضاً: فإن العتق ينفذ في حق الشريك بغير رضاه فينفذ في المرهون، كالاستيلاد، يؤكد: أن حق الشريك أقوى، لأنه مالك العين والتصرف، فإذا نفذ في حقه ففي حق المرتهن أولى، ولا كذلك البيع، لأنه لا ينعقد في حق الشريك ففي المرهون أولى، فظهر الفرق^(١).

فصل

١٩٢ - كلما جاز أخذ الرهن به، جاز أخذ الضمين إلا ثلاثة مواضع: ضمان عهدة المبيع^(٢)، وضمان ما لم يجب^(٣)، وضمان مال الكتابة^(٤)، فيصح الضمان، دون الرهن^(٥).

والفرق: أن الرهن بهذه الأشياء يبطل الارتفاق، لأنه إذا باع سلعة إنما يقصد بيعها الارتفاق، فإذا رهن على ثمنها مثلها لم يحصل فائدة، وكذا المرتهن إذا رهن قبل الاقتراض فقد عطل نفع ما يرهنه لا في مقابلة شيء، فيتضرر بذلك، وكذا المكاتب إذا رهن بدين الكتابة، لأنه كان يبيع الرهن ويؤدي، ويأمن هلاكه. وهذا بخلاف الضمين، فإنه لا يفضي إلى ما ذكرنا، فافترقا^(٦).

فصل

١٩٣ - إذا جنى العبد المرهون على أجنبي بما يوجب القصاص في النفس فاقصص، لم يلزم الراهن دفع قيمة رهن مكانه. ولو كان المجني عليه الراهن فاقصص، لزمه ذلك^(٧). والفرق: أن الراهن إذا اقتص فقد فوت التوثقة، فهو كما لو أعتقه^(٨). بخلاف الأجنبي، فإن فعله لا ينسب إلى الراهن، فهو كما لو مات حتف أنفه^(٩).

-
- (١) انظر: المغني (٤/٤٠٠-٤٠١)، الشرح الكبير (٢/٥٠٠)، المبدع (٢٢٢-٢٢٣).
 (٢) انظر: الهداية (١/١٥٥)، المقنع (٢/١١٤)، المحرر (١/٣٤٠)، الإمتاع (٢/١٧٩).
 (٣) انظر: الكافي (٢/٢٢٩)، المحرر (١/٣٤٠)، الفروع (٤/٣٤٠)، (٤/٢٣٧)، الإمتاع (٢/١٧٧).
 (٤) انظر: الكافي (٢/٢٣٠)، الإنصاف (٥/١٩٩)، كشاف القناع (٣/٣٧٠).
 (٥) انظر: الكافي (٢/١٢٩)، الفروع (٤/٢٠٨-٢٠٩)، الإمتاع (٢/١٥٢)، غاية المتهى (٢/٨٨).
 (٦) انظر: كشاف القناع (٣/٣٢٤-٣٢٥-٣٦٩)، مطالب أولي النهى (٣/٢٥٨).
 (٧) انظر: الهداية (١/١٥٣)، الكافي (٢/١٤٩-١٥٢)، الإمتاع (٢/١٧٢)، منتهى الإرادات (١/٤٠٩-٤٠٨).
 (٨) انظر: المغني (٤/٤١٠)، الشرح الكبير (٢/٥٢٥)، المبدع (٤/٢٤٢)، كشاف القناع (٣/٣٥٨).
 (٩) انظر: المغني (٤/٤٠٨)، الشرح الكبير (٢/٤٢٥)، المبدع (٤/٢٤٢)، كشاف القناع (٣/٣٥٩).

فصل

١٩٤ - لا يصح رهن العبد المرهون^(١).
 ويصح رهن الجاني، ويصير مشغولاً بهما^(٢).
 والفرق: ما تقدم في كتاب البيع في فصل: جواز بيع الجاني، وعدم جواز بيع المرهون، فتأمل هناك^(٣).

فصل

١٩٥ - لا يصح رهن العبد المرهون بحق آخر، لا من مرتتهنه، ولا من غيره^(٤).
 ولو جنى المرهون فاختر المرتهن فداه ليكون رهناً بالفداء وبالحق السابق جاز، وصار رهناً بهما.
 والفرق: أن المجني عليه يملك بيع الجاني في الجناية، وإبطال التوثقة، فصار الرهن كالجائر قبل القبض /، وهناك تجوز الزيادة في الحق، فكذا هنا. [١/٢٤]
 بخلاف ما إذا لم يجز، لأن الرهن لازم، فلا سبيل إلى إبطال حق المرتهن عنه، فافترقا.

فصل

١٩٦ - لا يصح رهن المرهون عند مرتتهنه بحق آخر.
 ولو ضمن لإنسان حقاً، جاز أن يضمن له حقاً آخر.
 والفرق: أن الذمة لا تمنع حصول الحق فيها من ورود حق آخر عليه.
 بخلاف العين، فإنه إذا تعلق بها حق لازم بعقد لازم لم يحتمل حصول مثله عليها، لما فيه من إبطال العقد الأول^(٥)، فظهر الفرق.

فصل

١٩٧ - إذا أقر الراهن أنه باع المرهون قبل رهنه، أو وهبه، أو أنه كان ملك

(١) انظر: الهداية (١/١٥١)، الكافي (٢/١٣٩)، المبدع (٤/٢١٧)، الإمتاع (٢/١٥٣).

(٢) انظر: الهداية (١/١٥٠)، الكافي (٢/١٣٦)، الإمتاع (٣/١٥٣)، غاية المتنبى (٢/٨٦).

(٣) انظر: الكافي (٢/١٥٠)، الإنصاف (٥/١٨١)، الإمتاع (٢/١٧١).

(٤) انظر: الكافي (٢/١٥٠)، المغني (٤/٤٠٩)، الشرح الكبير (٢/٥٢٥).

(٥) انظر: المغني (٤/٣٨٥)، الشرح الكبير (٢/٤٩٠).

فلان وأنا غصبته، فصدقه المقر له، وأنكر المرتهن صح إقراره، وبطل الرهن، ويبقى الدين بغير رهن في وجه^(١).

ولو كان باعه، أو وهبه، ثم أقر بذلك لم يقبل إقراره قولاً واحداً.

والفرق: أن الرهن لا يزيل الملك، فالإقرار حصل في ملكه.

بخلاف المسألة الثانية فإن البيع والهبة يزيلان الملك، فيحصل إقراره في ملك الغير، وهو غير مقبول.

قلت: والصحيح: أنه لا يقبل قوله على المرتهن، فلا يبطل الرهن، بل يقبل على نفسه، بحيث إذا انفك الرهن انتزعه منه الذي أقر أنه له^(٢).

فصل

١٩٨ - يجوز رهن الأمانة دون ولدها^(٣)، ورهنه دونها^(٤).

ولا يجوز بيع أحدهما دون الآخر^(٥).

والفرق: أن البيع ينقل الملك، فينفرد أحدهما عن الآخر وذلك لا يجوز.

بخلاف الرهن، فإنه لا ينقل الملك، فصح عقده عليهما منفردين، فإذا أراد بيع أحدهما بيع الآخر معه، ويكون قسط المرهون للمرتهن، والآخر للراهن^(٦).

فصل

١٩٩ - إذا حدث للمرهونة ولد تعلق به الرهن^(٧).

ولو حدث بالجانية ولد لم يتعلق به أرش جنايتها^(٨).

والفرق: من وجهين:

أحدهما: أن حق الرهن مستقر في المرهونة، بدليل: أنه لا يملك مالها إسقاطه مع بقاء شيء من الحق، فلذلك تعدى إلى ولدها، كحق الملك.

(١) انظر: الهداية (١/١٥٤)، المتق (٢/١٠٩)، الإنصاف (٥/١٧٢)، الإمتاع (٢/١٧٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٢/٥٢١).

(٣) انظر: الكافي (٢/١٣٩)، الإمتاع (٢/١٥٣).

(٤) انظر: الكافي (٢/١٣٩)، الفروع (٤/٢١٤)، الإمتاع (٢/١٥٤)، الروض المربع (٢/١٩٢).

(٥) انظر: الهداية (١/١٣٢)، الكافي (٢/٢٠)، المحرر (١/٣١٢)، الفروع (٤/٤٨).

(٦) انظر: المغني (٤/٣٧٧)، الكافي (٢/١٣٩)، الشرح الكبير (٢/٤٨٥)، كشاف القناع (٣/٣٢٨).

(٧) انظر: الهداية (١/١٥١)، المحرر (١/٣٣٦)، الفروع (٤/٢٢٢).

(٨) انظر: المغني (٤/٤٣١)، الشرح (٢/٥٠٤)، الإنصاف (٥/٢٠٢).

بخلاف الجانية، فإن الحق فيها غير مستقر، بدليل: أن لمالكها إسقاط الحق عنها بالفداء، يوضحه أن المجني عليه لا يملك رفع يد مالكها عنها، بخلاف المرتهن، ولا يمنع أرش الجناية تعلق أرش آخر، وأروش بالجناية، والرهن يمنع تعلق رهن آخر، فافترقا.

الثاني: أن تعلق حق الجناية تعلق عقوبة، والعقوبات لا تسري إلى الأولاد، وإنما تختص الجاني، كما لو كانت موجبة للقصاص.

بخلاف الرهن، فإن الحق فيه أثبتته المالك على غير ملكه اختياراً منه فسرى، كولد المكاتب والأضحية^(١).

فصل

٢٠٠ - إذا باعه شيئاً بشرط رهن أو كفيل معين، فجاءه بغيرهما لم يلزمه القبول^(٢).

وإن شرط شهوداً، فأتاه بغيرهم لزمه القبول.

والفرق: أن الأغراض تختلف، فيكون للبائع غرض في رهن دون رهن، وضامن دون ضامن^(٣).

بخلاف العدول، فإن المقصود منهم إثبات الحق، فلا فرق بينهم في ذلك، [٢٤/ب] فظهر الفرق.

فصل

٢٠١ - إذا امتنع الراهن من علف الرهن وسقيه، أجبر عليه.

ولو امتنع من مداواة أمراضه، لم يجبر.

والفرق: أن العلف قوت لا تقوم الحياة إلا به، والمنع منه كمباشرة الإتلاف، بدليل: ما لو منع إنساناً طعامه حتى مات ضمنه^(٤).

وهذا بخلاف المداواة، لأنها غير واجبة في الآدميين، وهم أشرف، بدليل: أن جماعة من الصحابة كانوا لا يتداوون، ولأن البرء بالمداواة غير متيقن، فلا يجبر عليها^(٥).

(١) انظر: المغني (٤/٤٣١-٤٣٠)، الشرح الكبير (٢/٤٠٥).

(٢) انظر: المغني (٤/٤١٨)، الشرح الكبير (٢/٥١٧).

(٣) انظر: المغني (٤/٤١٨)، الشرح (٢/٥١٧).

(٤) انظر: الكافي (٤/١٦)، منتهى الإرادات (٢/٣٩٢).

(٥) انظر: الكافي (٢/١٤٦)، الشرح الكبير (٢/٥٠٦-٥٠٥)، كشف القناع (٣/٣٣٩).

فصل

٢٠٢ - إذا قال الراهن للمرتهن: رهنك عندك بحقك هذه العين، فإن جئتك بحقك وإلا فالرهن لك بحقك، لم يصح الشرط، وفي صحة الرهن روايتان^(١)، فإن قلنا: لا يصح، كان المرهون أمانة في يد المرتهن إلى أن يحل الحق، ثم يصير مضموناً عليه، فإن تلف قبل المحل لم يضمنه. وإن تلف بعده ضمنه^(٢).

والفرق: أن قبل المحل هو مقبوض بإذن المالك، ولا يضمنه لأنه مقبوض عن رهن فاسد، وذلك لا يضمن، كالمقبوض عن رهن صحيح. وليس كذلك بعد الحلول، لأنه حينئذ يمسكه على أنه بعوض، فهو مقبوض عن بيع فاسد، لأنه بيع معلق بشرط، وذلك لا يصح، والمقبوض عن بيع فاسد مضمون، فكذا هنا^(٣)، فظهر الفرق.

فصل

٢٠٣ - إذا كان عليه لرجل ألف، فقال له: أقرضني ألفاً على أن أُرهن عندك بالآلفين فرسي هذه ففعل، ففي صحة الرهن روايتان. ولو كانت المسألة بحالها، وموضع القرض بيع، فالرهن باطل. رواية واحدة، ذكره القاضي في المجرد.

والفرق: أن في البيع جعل ثمن العبد ألفاً ومنفعة، هي الرهن بالآلف الأولى، وتلك المنفعة مجهولة القيمة، فصار الثمن مجهولاً، ولا يصح البيع به، رواية واحدة، وإذا بطل البيع بطل الرهن، لأنه إنما عقد به. بخلاف القرض، فإن غايته أنه قرض جر منفعة، وشرط المنفعة في القرض باطل^(٤)، وهل يبطل العقد فيه روايتان. نص عليهما^(٥).

فصل

٢٠٤ - إذا وطىء الراهن جاريته المرهونة بغير إذن المرتهن، فإن كانت ثيباً لم يلزمه بوطئها شيء.

(١) انظر: المقنع وحاشيته (١٠٨/٣)، الشرح الكبير (٥١٥/٢)، الفروع وتصحيحه (٢١٩-٢١٨/٤).

(٢) انظر: الإنصاف (٣٥٧/٤)، الإمتاع (١٦٨/٢)، غاية المنتهى (٩٣/٢)، حاشية المقنع (٣١/٢).

(٣) الكافي (١٣٥/٢)، الإنصاف (٣٥٧/٤)، كشف القناع (٣٥٢-٣٥١/٣)، مطالب (٢٧٣/٣).

(٤) المغني (٤٢٥-٤٢٤/٤)، الشرح الكبير (٥١٦/٢).

(٥) الفروع وتصحيحه (٢١٩/٤)، الإنصاف (١٦٧/٥)، الإمتاع (١٦٨-١٦٧/٢)، غاية المنتهى (٢/٩٦).

وإن كانت بكرةً لزمه أرش بكارتها .
والفرق: أنه في الأولى لم يتلف شيئاً من أعضائها، وإنما استوفى منفعة من منافعها، فهو كما لو استخدمها .
بخلاف الثانية، فإنه أُلِفَ عضواً منها، نقصت به قيمتها، فلزمه أرشه، كالجناية بغير ذلك عليها^(١) .

فصل

٢٠٥ - إذا شرطاً في الرهن أن يكون منافع المرهون للمرتهن، وكان الرهن بقرض بطل الشرط . نص عليه .

وإن كان في بيع والمنفعة معلومة مقيدة بمدة جاز، نص عليه وإن لم تكن معلومة/ لم يصح^(٢) . [١/٢٥]

والفرق: أنه في الثانية بيع وإجارة، لأنه جعل الثمن ونفع الرهن عوضاً عن المبيع، وذلك جائز إذا كانت المنفعة معلومة مقيدة، لأنها إذا كانت مجهولة أفضى إلى جهالة الثمن، وذلك يقتضي بطلان البيع^(٣) .
وأما المسألة الأولى، فهي قرض جر منفعة، وذلك لا^(٤) يجوز لنبي ﷺ عن ذلك .

ثم إن كان هذا الرهن بقرض متقدم فالقرض بحاله، وإن كان مشروطاً في قرض مستأنف فالشرط باطل، وفي العقد روايتان .
فإن قلنا: يصح فلا كلام . وإن قلنا: يبطل، بطل القرض لبطلان الرهن المشروط فيه .

كتاب الحجر

فصل

٢٠٦ - يجوز للمحاكم قسمة مال المفلس بين غرمائه، وإن لم يشبوا أنه لا غريم له سواهم .

(١) انظر: المغني (٤/٤٠٢)، الشرح الكبير (٢/٥٠٢)، المبدع (٤/٢٢٥)، كشف (٣/٢٣٦) .

(٢) انظر: الكافي (٢/١٦١)، المغني (٤/٤٢٧)، الشرح الكبير (٢/٥١٥) .

(٣) انظر: الكافي (٢/١٦١)، المغني (٤/٤٢٧)، الشرح الكبير (٢/٥١٥) .

(٤) انظر: المغني (٤/٤٢٦)، الشرح الكبير (٢/٥٢٣)، المبدع (٤/٢٤٠) .

ولا يجوز قسمة التركة بين الورثة، حتى يثبتوا أنه لا وارث له سواهم.
والفرق: أن الغرماء يأخذ كل واحد منهم وفق حقه أو دونه، ولا يأخذ أكثر منه.

بخلاف الورثة، فإن كلاً منهم إنما يأخذ وفق حقه بتقدير عدم وارث آخر، فإذا لم يثبتوا ذلك لم يؤمن أن يأخذ أحدهم أكثر من حقه، فافتقر إلى الثبوت لذلك^(١).
قلت: وفيما ذكره نظر، بيانه: أن كل واحد من الغرماء يتعلق حقه بذمة المفلس وبعين ماله، فإن عني بقوله: إن الواحد من الغرماء لا يأخذ إلا وفق حقه، أو دون الحق المتعلق بالذمة فهو صحيح، وإن عني الحق المتعلق بعين مال المفلس فلا يتمشى، لأنه لا يعلم كون ما يأخذه كل من الغرماء هو ما يستحقه من عين مال المفلس إلا بتقدير أن لا غريم سواهم، إذ لو وجد غريم آخر بعد القسمة، تبين أن ما صار إلى كل واحد أكثر من حقه، ووجب نقض القسمة^(٢)، واسترجاع حق الغريم اللاحق من بقية الغرماء، فظهر من هذا تساوي المسألتين.

فصل

٢٠٧ - إذا وجد عين ماله عند المفلس أخذه بشرطه^(٣).
ولو حيل بحقه على من ظنه ملياً، ورضي بالحوالة، فبان مفلساً لم يرجع المحال على المحيل^(٤).

والفرق: أن الحوالة لا تفسخ بالعيب، فلا تفسخ بالإفلاس، بخلاف البيع.
ولأن الحق قد تحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا سبيل إلى رجوع الحق إليها بعد الانتقال^(٥).

بخلاف البيع، فإن الحق انتقل من العين إلى ذمة المشتري، فجاز الرجوع إلى العين عند تعذر الذمة، كما لو أسلم ثوباً في شيء، فتعذر ذلك الشيء، فإن المسلم يرجع في الثوب^(٦).

-
- (١) انظر: المبدع (٤/٣٢٥)، كشاف القناع (٣/٤٣٧)، مطالب أولي النهى (٣/٣٩٣).
(٢) انظر: المقنع (٢/١٣٧)، الفروع (٤/٣٠٦)، الإنصاف (٥/٣١٦)، الإمتاع (٢/٢١٩)، الروض المريع (٢/٢٠٣).
(٣) انظر: الهداية (١/١٦٢)، الكافي (٢/١٧٥-١٨٠)، الإمتاع (٢/٢١٣-٢١٤).
(٤) انظر: الهداية (١/١٥٤)، المقنع (٢/١٢١)، الفروع (٤/٢٥٧)، الإرادات (١/٤١٧).
(٥) انظر: الكافي (٢/٢١٨)، المبدع (٤/٢٧٤)، وحاشية المقنع (٢/١٢١-١٢٢).
(٦) انظر: المغني (٤/٤٥٤)، الشرح الكبير (٢/٥٣٦).

فصل

٢٠٨ - إذا اقترض المفلس المحجور عليه لم يشارك مقرضه بقية الغرماء^(١).
 وإذا جنى شارك المجني عليه الغرماء بأرث الجناية^(٢).
 والفرق: أن المقرض أسقط حقه بمعاملته المفلس/ بعد الحجر بخلاف الثانية، [٢٥/ب]
 فإن حق المجني عليه ثبت بغير اختياره ولم يرض بتأخير حقه^(٣).

فصل

٢٠٩ - إذا تقرر هذا، فإنه لا يقدم حق المجني عليه، بل يشارك، كما تقدم.
 ولو جنى العبد المرهون قدم حق المجني عليه على حق المرتهن^(٤).
 والفرق: أن الجناية في الأولى معلقة بذمة المفلس، كسائر ديون الغرماء، فلا
 مزية لها، فاشتركوا^(٥).
 وفي الثانية حق الجناية تعلق برغبة العبد، وحق المرتهن بذمة السيد، فقدم
 الحق المتعلق بالرقبة^(٦).
 نظير مسألة الرهن: أن يجني عبد المفلس، فيقدم المجني عليه على سائر
 الغرماء^(٧)، لما ذكرنا، فظهر الفرق.

فصل

٢١٠ - إذا اختلعت المحجور عليها لسفه على مال صح، ولم يلزمها حالاً،
 ولا مالاً^(٨).

ولو اختلعت الأمة كذلك بغير إذن سيدها صح، ولزمها المال بعد العتق^(٩).

-
- (١) انظر: الهداية (١٦٢/١)، الكافي (١٧٠/٢)، المحرر (٣٤٥/١)، غاية المنتهى (١٢٩/٢).
 (٢) الهداية (١٦٢/١)، الكافي (١٧٠/٢)، المحرر (٣٤٥/١)، غاية المنتهى (١٢٩/٢).
 (٣) المغني (٤٨٨-٤٨٦/٤)، الشرح الكبير (٥٣٥/٢)، المبدع (٣١٢/٤).
 (٤) الهداية (١٥٣/١)، الكافي (١٤٩/٢)، المحرر (٣٣٧/١)، الإمتع (١٧١/٢).
 (٥) المغني (٣٨٨/٤)، الشرح الكبير (٥٣٥/٢)، المبدع (٣١٢/٤)، مطالب (٣٧٧/٣).
 (٦) المغني (٤٠٨/٤)، الشرح الكبير (٥٢٤/٢)، المبدع (٢٤٢-٢٤١/٤)، مطالب أولي النهى (٢٨٥/٣).
 (٧) انظر: المغني (٤٨٨/٤)، الشرح الكبير (٥٣٥/٢)، المبدع (٣١٢/٤)، مطالب أولي النهى (٣/٣٧٧).
 (٨) انظر: المقنع (١١٧/٣)، المحرر (٤٥/٢)، الفروع (٣٤٤/٥)، الإنصاف (٣٩١/٨)، منتهى
 الإرادات (٢٣٧/٢)، الروض المربع (٢٩٠/٢).
 (٩) الهداية (٢٧١/١)، المقنع (١١٧/٣)، الكافي (١٤٤/٣).

والفرق: أن السفية حبر عليها لنقص فيها، أشبهت المجنونة .
 بخلاف الأمة، فإن الحجر عليها لحق سيدها، فإذا اعتقت زال المانع فعمل
 إقرارها عمله، كما لو أقرت بدين^(١).

كتاب الصلح

فصل

٢١١ - إذا صالحه على ألف حالة، بخمسائة حالة، جاز الصلح^(٢).
 ولو كانت الألف مؤجلة، فصالحه بخمسائة حالة، لم يجز الصلح^(٣).
 والفرق: أن الألف الحالة يستحق المطالبة بجميعها، فإذا صالحه على بعضها
 حالاً فقد أبرأه من الباقي، والبعض المأخوذ غير مستفاد بالصلح، بل بالعقد
 السابق^(٤).

بخلاف الثانية، فإنه لا يستحق المطالبة بشيء منها قبل المحل، فإذا صالحه
 على خمسمائة منها حالة فقد باع ألفاً مؤجلة بخمسمائة حالة، وذلك ربا^(٥)، فافترقا .

فصل

٢١٢ - لا يصح الصلح عن الشفعة بمال، وتسقط الشفعة .
 ولو صالح عن القصاص بمال صح^(٦).
 والفرق: أن الشفعة ثبتت في الأصل لدفع الضرر، فإذا أسقطت سقطت إلى غير
 مال، لأنها لم توضع لاستفادته^(٧).

-
- (١) انظر: المغني (٨٣/٧)، الشرح الكبير (٢٦٩/٢)، فوق الكرابيسي (٢٦٩/٢).
 (٢) انظر: الهداية (١٥٨/١)، الكافي (٢٠٤/٢)، المحرر (٣٤٢/١)، الفروع (٢٦٤/٤)، الإمتاع
 (١٩٢/٣).
 (٣) الهداية (١٥٨/١)، الكافي (٢٠٥/٢)، المحرر (٣٤٢/١)، الفروع (٢٦٤/٤)، الإمتاع (٢/١٩٣).
 (٤) المغني (٥٣٥/٤)، الشرح الكبير (٣/٣)، المبدع (٢٧٨/٤)، مطالب أولي النهى (٣٣٤/٣).
 (٥) المغني (٥٤٢/٤)، الكافي (٢٠٥/٢)، الشرح الكبير (٤/٣)، المبدع (٢٧٩/٤).
 (٦) الهداية (١٥٩/١)، المقنع (١٢٧/٢)، المحرر (٣٤٢/١)، الفروع (٣٧٠-٢٧١/٤)، الإمتاع (٢/١٩٨-١٩٧).
 (٧) المغني (٥٥١/٤)، الشرح الكبير (١٣/٣)، المبدع (٢٩١/٤).

بخلاف القصاص، فإنه في معنى العوض، فإذا أسقط رجع إلى المال، فصح الصلح عنه، كخيار العيب^(١).

فصل

٢١٣ - يصح الصلح عن دم العمد بأكثر من الدية^(٢).

ولا يصح عن الخطأ بأكثر منها من جنسها^(٣).

والفرق: أن الواجب بدم العمد، إما القود، أو أحد شيئين: هو، أو الدية، والخيار للورثة، فبالجملة لهم القود ولا يزاحون عنه إلا باختيارهم، فالمأخوذ بعقد الصلح عوض عنه، وليس من جنسه، فلم يتعدد، كسائر المعاوضات^(٤).

بخلاف الصورة الثانية، فإن الواجب في الخطأ الدية، وهي مقدرة شرعاً، فلا يجوز الصلح بأكثر منها من جنسها، لأنه يكون ربا^(٥).

فصل

٢١٤ - إذا أتلّف عليه متقوماً لم يجز أن يصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها.

ولو صالح بأكثر منها من غير جنسها صح^(٦).

والفرق: أن الثابت في الذمة القيمة، فالزيادة/ عليها من جنسها ربا. [١/٣٦]

بخلاف ما إذا صالح بغير جنسها، كالعروض ونحوها، فإنه في حكم البيع، ولا ربا بين النقيدين والعروض^(٧)، فظهر الفرق.

فصل

٢١٥ - قلت: قد تقرر أنه إذا صالح عن متلف متقوم بأكثر من قيمته من جنسها

لم يجز.

ولو صالح عن متلف مثلي بأكثر من قيمته من جنسها جاز^(٨).

(١) الكافي (٢/٢٠٨)، المغني (٤/٥٤٦)، الشرح الكبير (٣/١٢).

(٢) الهداية (١/١٥٩)، الكافي (٢/٢٠٨)، الفروع (٤/٢٧٠)، منتهى الإرادات (١/٤٢٢).

(٣) الهداية (١/١٥٩)، الكافي (٢/٢٠٦)، الفروع (٤/٢٦٤)، منتهى الإرادات (١/٤١٩-٤٢٠).

(٤) المغني (٤/٥٤٥)، الشرح الكبير (٣/١٢)، المبدع (٤/٢٨٩)، شرح منتهى (٢/٢٦٦-٢٦٥).

(٥) انظر: المغني (٤/٥٤٥)، الشرح الكبير (٣/٤)، المبدع (٤/٢٨٠)، منتهى الإرادات (٢/٢٦١).

(٦) المقنع (٢/١٢٤)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٦٤)، الإمتاع (٢/١٩٣).

(٧) المغني (٤/٥٤٥)، الشرح الكبير (٣/٤)، كشاف القناع (٣/٣٩٢)، مطالب أولي النهى (٣/٣٣٦).

(٨) المقنع وحاشيته (٢/١٢٥)، المحرر (١/٣٤٢)، الفروع (٤/٢٦٤)، الإمتاع (٢/١٩٣).

والفرق: أنه في الأولى يفضي إلى ما ذكرنا من الربا.

بخلاف الثانية، فإن الواجب في ذمة المتلف المثل، فإذا صالحه على أكثر كان قد باعه إياه بذلك فيصح، كما لو كان عيناً حاضرة^(١).

كتاب الكفالة والضمان والحوالة

فصل

٢١٦ - لا تصح الكفالة بيدن من عليه حد سواء كان لله أو لآدمي.

وتصح كفالة من عليه مال كالديون أو بيده مغصوب^(٢).

والفرق: أن الكفالة إنما شرعت لاستيفاء ما على المكفول عند تعذر إحضاره من الكفيل، وذلك في المال ممكن.

أما في الحدود فلا، لأن النية لا تدخلها، لأن الواجب على المكفول من العقوبة لا يجب استيفاؤه من الكفيل، فبطلت فائدة الكفالة، فلم تصح^(٣).

فصل

٢١٧ - إذا برىء المديون برىء ضامنه، ولا عكس^(٤).

والفرق: أن المدين أصل، وضامنه فرعه، فإذا برىء الأصل برىء الفرع، كما لو برىء بالأداء.

بخلاف ما إذا برىء الضامن، لأن إبراءه فسخ لكفالاته، وفسخ الكفالة لا تبرئ المدين من الدين.

وأيضاً، فالضامن وثيقة كالرهن، فإذا أبرىء المدين أو أدى، انفك الرهن.

وليس كذلك إذا برىء الكفيل، لأن إبراءه كفك الرهن، ولو انفك الرهن لم يبرأ المدين^(٥).

فصل

٢١٨ - إذا ضمن رجل عن آخر ألفاً، فدفن إلى رب المال بها عرضاً يساوي

(١) كشف القناع (٣/٣٩٢)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢٦١)، مطالب أولي النهى (٣/٣٣٦).

(٢) الهداية (١٥٦-١٥٧)، المقنع (٢/١١٨)، المحرر (١/٣٤١)، الروض المربع (٢/١٩٦).

(٣) المغني (٤/٦١٦)، الشرح الكبير (٣/٤٨)، المبدع (٤/٢٦٢)، مطالب أولي النهى (٣/٣١٦).

(٤) انظر: الهداية (١/١٥٥)، المقنع (٢/١١٣)، الفروع (٤/٢٣٨)، منتهى (١/٤١٠).

(٥) المغني (٤/٦٠٥)، الشرح الكبير (٣/٣٥)، المبدع (٤/٢٤٩)، مطالب أولي النهى (٣/٢٩٨).

خمسائة، لم يرجع الضامن على المضمون عنه بأكثر من قيمة السلعة^(١).
ولو اشترى شقصاً بألف، فدفع إلى البائع بها عرضاً يساوي خمسمائة، لم يكن للشفيع أن يأخذ المبيع إلا بألف^(٢).
والفرق: أن الضامن التزم قضاء دين المضمون عنه، وذلك كالمعاوضة فلا يرجع بأكثر مما غرم^(٣).
بخلاف المشتري، فإن الألف لزمته بالعقد، ولكن البائع تبرع له بإسقاط البعض فاختص به^(٤).
يوضح الفرق: أنه لو أبرأ الضامن لم يرجع على المضمون عنه بشيء^(٥)، ولو أبرأ المشتري رجع على الشفيع بالثمن^(٦).

فصل

٢١٩ - إذا كفل اثنان بيدن إنسان، فرده أحدهما إلى المكفول له، لم يبرأ الآخر^(٧).

ولو قضى أحدهما الحق، برى الآخر^(٨).

والفرق: أن كفالتيهما وثيقتان للمكفول له، لكل واحدة حكم منفرد، فإذا انفكت إحدهما لم تنفك الأخرى، كالرهن والضمين إذا انفك أحدهما، / لا يلزم [ب/٣١] انفكاك الآخر.

وأيضاً، فإن موجب الكفالة التسليم، فإذا برى الكفيل الذي سلمه لم يبرأ الآخر، ويصير كما لو كان بالحق ضامنان، أبرأ ربه أحدهما، فإنه لا يبرأ الآخر، كذا هنا.

بخلاف ما إذا قضى أحدهما الدين، لأنه بالأداء يسقط الحق الذي في ذمة المكفول بيدنه، وإذا سقط برئت ذمته، وذمة كفيله، كما لو أدى هو الحق الذي عليه^(٩).

(١) انظر: الهداية (١/١٥٦)، الكافي (٢/٢٣٢)، المبدع (٤/٢٥٨)، غاية المنتهى (٢/١٠٥).

(٢) انظر: الهداية (١/١٩٨)، الكافي (٢/٤٢٥)، الفروق (٤/٥٣٢).

(٣) انظر: المغني (٤/٦٠٩)، الشرح الكبير (٣/٤٣)، مطالب أولي النهى (٣/٣٠٨).

(٤) انظر: المغني (٥/٣٤٩)، الشرح الكبير (٣/٢٦٣)، المبدع (٥/٢٢٤).

(٥) انظر: المغني (٤/٦٠٩)، الشرح الكبير (٣/٤٣)، مطالب أولي النهى (٣/٣٠٨).

(٦) انظر: المغني (٥/٣٤٩)، الشرح الكبير (٣/٢٦٣).

(٧) انظر: الهداية (١/١٥٧)، الكافي (٢/٢٣٧)، الفروع (٤/٢٥٢)، الإمتاع (٢/١٨٦).

(٨) انظر: المغني (٤/٦٢٠)، الشرح الكبير (٣/٣٥)، المبدع (٤/٢٦٨).

(٩) انظر: المغني (٤/٦٢١)، الشرح الكبير (٣/٥٣)، المبدع (٤/٢٦٨).

فصل

٢٢٠ - إذا كفّل اثنان ببذل إنسان، على أن كل واحد منهما كفيل لصاحبه صح، ولكان لصاحب الحق مطالبة أيهم شاء، وأي الكفيلين سلم المكفول به برىء هو والكفيل الآخر.

ولو لم يتكافل الكفيلان، لم يبرأ أحدهما بتسليم الآخر.

والفرق: أنه إذا كان كل واحد منهما كفلاً بصاحبه صار أصلاً له، كما لو كفّل واحد بالغريم، وكفّل آخر الكفيل، وإذا كان أصلاً له كان تسليم أحدهما للمكفول به تسليماً عنه، وعن الفرع، فبرىء بذلك هو والفرع.

بخلاف ما إذا لم يكن كل واحد منهما كفلاً بصاحبه، لأنه ليس أحدهما أصلاً للآخر، بل حكم كفالة كل منهما منفرد عن حكم كفالة الآخر، كما لو كفّل كل واحد منهما به كفالة منفردة، فلا يبرأ أحدهما بتسليم الآخر.

قلت: هذا كلامه بنصه، وفيه نظر نبه عليه الوالد رحمه الله، وهو: أنه صرح ببراءة أحد الكفيلين مطلقاً إذا سلم المكفول أحدهما، وليس الأمر كذلك، لأن كلاهما كفيل من رب الدين، يلزمه تسليم المكفول إليه، فإذا سلمه أحدهما برىء وحده، وأما الذي لم يسلم فإنه يبرأ من كفالة الكفيل المسلم، لأنه بالتسليم برىء كفيله وأما من كفالاته للمكفول الأول فلا يبرأ، لأنه ما لم يسلم إلى من كفله منه لا يبرأ، كما لو لم يتكافل الكفيلان، وهذا ظاهر^(١).

فصل

٢٢١ - إذا كان لإنسان على اثنين ألف، على كل واحد منهما خمسمائة.

فقال إنسان: كفلت أحدهما، ولم يعينه، لم يصح^(٢).

ولو قال: ضمنت ما على فلان، ولم يعلم قدره صح الضمان^(٣).

والفرق: أن كفالة أحد الغريمين مجهولة حالاً ومآلاً، فلا فائدة فيها^(٤).

بخلاف جهالة القدر المضمون في الحال، فإنه يعرف في المآل، فيلزم الضامن به^(٥).

(١) انظر: المغني (٦٠٧/٤)، الشرح الكبير (٣٦/٣)، المبدع (٢٥٠/٤)، كشاف القناع (٣٦٥/٣).

(٢) انظر: الهداية (١٥٧/١)، المقنع (١١٨/٢)، المحرر (٣٤/١)، الإمتاع (١٨٣/٢).

(٣) انظر: الهداية (١٥٥/١)، المقنع (١١٣/٢)، المحرر (٣٤٠/١)، الإمتاع (١٧٧/٢).

(٤) انظر: المغني (٦٢٠/٤)، الشرح الكبير (٤٨/٣)، المبدع (٢٦٣/٤)، مطالب (٣١٦/٣).

(٥) انظر: المغني (٥٩٢/٤)، الشرح الكبير (٣٨/٣)، المبدع (٢٥٢/٤)، مطالب أولي النهى (٣/٣٠٠).

فصل

٢٢٢ - إذا كان له على شخص دين، ولآخر عليه مثله في الجنس والصفة، والحلول والتأجيل، فقال: أحلتك بدينك على فلان صح^(١).

ولو قال: بعتك ديني الذي على فلان، بدينك الذي علي لم يصح^(٢).

والفرق: أن الحوالة أصل برأسها، ليست بيعاً، وإن كان فيها نوع معاوضة شرعت رفقاً بالناس، إذ لو سلك بها مسلك البيع لكانت الحوالة باطلة، لأن بيع الدين بالدين لا يجوز، لقول ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ. رواه/ الدارقطني، وهو الدين بالدين، ولكن الشارع أخرجها عن حيز المعاوضة، [I/٣٧] وجعلها أصلاً، قال ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل». متفق عليه^(٣)، فإذا استعمل في الحوالة لفظ البيع فإنها لا تصح، لأن استعمال لفظ البيع يستدعي لشرائطه، وهي غير موجودة، فلم يصح^(٤).

فصل

٢٢٣ - إذا أحال الضامن المضمون له بما ضمنه على من له عليه دين، فقبل صح^(٥).

ولو أحاله على من لا دين له عليه لم يصح^(٦).

والفرق: أن الحوالة على من له عليه دين حوالة صحيحة، تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

بخلاف ما إذا لم يكن له عليه دين فإنها غير صحيحة، لأن الحوالة في الحقيقة: أن يعاوض المحيل ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه، فإذا لم يكن له في ذمته شيء فقد عاوض بغير عوض، وذلك لا يجوز، فلذلك لم تصح الحوالة^(٧).

فصل

٢٢٤ - يعتبر في الحوالة رضا المحيل.

(١) انظر: الهداية (١/١٥٤)، المقنع (٢/١٢١)، المحرر (١/٢٣٨)، الإمتاع (٢/١٨٨).

(٢) انظر: المغني (٤/٥٧٦)، الشرح الكبير (٣/٢٦)، الإنصاف (٥/٢٢٢)، الإمتاع (٢/١٨٧).

(٣) (ح) البخاري (٢/٧٩٩)، ح (٢/١٦٦)، ومسلم (٣/١١٩٧)، ح (٤/١٥٦٤).

(٤) انظر: المغني (٤/٥٧٦)، الشرح الكبير (٣/٢٦)، المبدع (٤/٢٧٠)، كشاف القناع (٣/٣٨٣).

(٥) انظر: الهداية (١/١٥٦)، المحرر (١/٣٤٠)، الفروع (٤/٢٤٣).

(٦) انظر: الهداية (١/١٥٦)، الكافي (٢/٢١٨)، الإنصاف (٥/٢٢٥)، الإمتاع (٢/١٨٨).

(٧) انظر: المغني (٤/٥٧٩)، الشرح الكبير (٣/٢٨).

ولا يعتبر رضا المحال عليه^(١).

والفرق: أن الواجب على المحيل قضاء الحق المتعين عليه، ولا يتعين عليه طريق من طرق الأداء، والحوالة من طرق الأداء فلا تتعين عليه، فلا تصح بغير رضاه.

بخلاف المحال عليه، فإن الدين واجب عليه قضاؤه، ولا حجر على ربه في مستوفيه منه، فله استيفاؤه بنفسه وبغيره، فالمحتال كوكيل رب الدين، فكما لا يعتبر رضاه لاستيفاء رب الدين أو وكيله، فكذلك لا يعتبر رضاه لاستيفاء المحتال^(٢).

فصل

٢٢٥ - إذا اشترى شيئاً فأحال البائع عليه بالثمن، ثم وجد بالمبيع عيباً فردّه، لم تبطل الحوالة، بل يطالب المحتال المشتري بالثمن، ويرجع به هو على البائع^(٣). ولو أحال المشتري البائع بالثمن، ثم انفسخ العقد قبل القبض، بطلت الحوالة في أصح الوجهين منهما^(٤).

والفرق: أن المحال إذا قبل الحوالة من البائع صار كأنه قبض الثمن من المشتري، ولو قبضه منه ثم انفسخ العقد رجع به عليه، والحوالة وقعت بشروطها، لا مبطل لها.

وهذا بخلاف المسألة الثانية، فإن البائع إنما احتال بالثمن المستحق له بالعقد، فإذا انفسخ سقط حقه منه، وإذا زال استحقاقه له زال استحقاقه لقبضه، فلذا بطلت الحوالة^(٥)، فظهر الفرق.

كتاب الوكالة

فصل

٢٢٦ - إذا وُكِّلَ في بيع ثوب أو دابة، وسلمه إليه، فتعدى فيه، بأن لبس

(١) انظر: الهداية (١/١٥٤)، المفتع (٢/١٢١)، منتهى الإرادات (١/٤١٦-٤١٧).

(٢) انظر: المغني (٤/٥٨٠-٥٨٣)، الشرح الكبير (٣/٢٩)، المبدع (٤/٢٧٢-٢٧٣)، كشاف القناع (٣/٣٨٦).

(٣) انظر: الهداية (١/١٥٤)، الكافي (٢/٢٢٣)، الإنصاف (٥/٢٢٩)، الإمتاع (٢/١٩٠).

(٤) انظر: الهداية (١/١٥٤)، المغني (٤/٥٨٤-٥٨٥)، المحرر (١/٣٣٨)، الإنصاف (٥/٢٢٩)، الإمتاع (٢/١٩١)، منتهى الإرادات (١/٤١٧).

(٥) انظر: المغني (٤/٥٨٤-٥٨٥)، الكافي (٢/٢٢٢-٢٢٣)، الشرح الكبير (٣/٣١٠-٣١١)، المبدع (٤/٢٧٥).

الثوب، وركب الدابة، لم تبطل الوكالة^(١).

ولو أودعه ذلك، فتعدى فيه، بطل حكم الوديعة، وصارت مضمونة بيده^(٢).

والفرق: أن الوكالة إذن في التصرف واتمان، والتعدي يزيل الأمانة فتبقى الإذن/ فإذا ثبت بقاء الوكالة صح البيع بها، وتسليم العين، وقبض الثمن بحكم [٢٧/ب] الوكالة.

بخلاف الوديعة، فإنها أمانة خاصة، ليس فيها إذن بالتصرف، والتعدي فيها يزيل الأمانة، فيبطل حكمها، ويلزمه ضمانها.

فصل

٢٢٧ - إذا وكله في بيع عبد بمائة في سوق بعينه، فباعه بمائة في سوق آخر صح.

ولو قال: بعه من فلان بمائة، فباعه من غيره بمائة لم يصح البيع.

والفرق بينهما: أنه لا يختلف غرضه باختلاف الأسواق، وإنما المقصود حصول مائة من أي سوق كان، فلهذا صح البيع. وليس كذلك إذا عين مشتريه، لأن له غرضاً في بيعه منه، دون بيعه من غيره، وذلك غرض صحيح، فإذا خالفه فيه لم يصح البيع، كما لو وكله في بيعه نقداً، فباعه نسيئة.

فصل

٢٢٨ - إذا سلم إليه ألف درهم، ووكله أن يشتري له بعينها عبداً، فاشتراه في الذمة لم يصح البيع في حق الموكل في الصحيح من المذهب، ويلزم الوكيل. ولو وكله أن يشتريه في الذمة ثم ينقد الألف، فاشتراه له بعين الألف صح الشراء للموكل.

والفرق بينهما: أنه إذا وكله أن يشتريه بعين المال فله في ذلك غرض صحيح، وهو أن يتعين الثمن بالعقد حتى لو تلف الثمن قبل قبضه بطل العقد، ولم يلزم الموكل ثمن غيره، فإذا خالف واشتراه في الذمة فقد خالف أمره، وفوت غرضه بكونه اشتراه شراء لا يبطل العقد بتلف الثمن قبل قبضه، فلو ألزمت الموكل لألزمناه حكم عقد لم يأذن فيه، فصار كما لو اشترى له شيئاً بغير إذنه.

(١) انظر: الهداية (١/١٦٩)، الكافي (٢/٢٥١)، الفروع (٤/٣٤١)، الإمتاع (٢/٢٣٦).

(٢) انظر: الهداية (١/١٨٨)، المقنع (٢/٢٧٥)، الفروع (٤/٤٨٢)، الإمتاع (٢/٣٧٨).

وليس كذلك إذا أمره أن يشتريه في الذمة ثم يتقد الألف، فاشترى بعينها لأنه لم يقوت عليه غرضه، بل قد احتاط له في أنه لا يلزمه غير الثمن المدفوع إن تلف قبل قبضه، فقد زاده خيراً باحتياطه فصح، كما لو وكله في شراء عبد بمائة، فاشترى عبداً قيمته مائة بتسعين، فإنه يصح الشراء لموكله، كذلك ها هنا.

فصل

٢٢٩ - إذا وكله في شراء جارية بعينها فاشترىها، ثم اختلفا فقال الوكيل: اشتريتها بعشرين بأمرك، وقال الموكل: ما أذنت لك أن تشتريها بأكثر من عشرة، فالقول قول الموكل مع يمينه، ذكره القاضي في المجرّد. ولو سلّم إلى خياط ثوباً ليفصله، ثم اختلفا، فقال الخياط: أمرتني بقطعة قباء^(١).

[وخالفه]^(٢) قول الموكل، قدم قول الخياط.

قلت: وعلل أبو محمد ذلك: بأن الأصل عدم التوكّل الذي يدعيه الوكيل، فالقول قول من ينفيه، وبأنهما اختلفا في صفة قول الموكل، فكان القول قوله في صفة كلامه، كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق. وجعل أبو الخطاب القول قول الوكيل، فتصير المسألتان سواء.

فصل

٢٣٠ - الوكيل في الخصومة غير وكيل في القبض. والوكيل فيه وكيل فيها^(٣).

والفرق: أن القبض منفصل عن الخصومة، وقد يصلح لها من لا يؤمن عليه. بخلاف الثانية، فإن القبض ربما استدعى خصومه المقبوض منه، ومنازعته، فالتوكّل فيه توكّل فيها ضمناً^(٤).

فصل

٢٣١ - إذا وكله في شراء ثوب بعينه، فاشترى غيره في الذمة، لا بعين مال

(١) ما بين المعكوفين ساقط من الأصل أثبتناه من المطبوعة المعتمدة على فروق السامرائي. طالب العلم محمد فارس.

(٢) ما بين المعكوفين زيادة من عندنا لتربط بين كلام السامرائي وكلام المصنف. طالب العلم.

(٣) انظر: الهداية (١/١٦٩)، المقنع (٢/١٥٦)، الفروع وتصحيحه (٤/٣٤٩-٣٥٠).

(٤) انظر: المغني (٥/١٠٠)، الشرح الكبير (٣/١١٩-١٢٠)، المبدع (٤/٣٧٨)، كشاف القناع (٣/٤٨٣).

الموكل، ولم يجز الموكل لم يُطل، ولزم الشراء الوكيل^(١).
ولو وكله أن يتزوج له امرأة بعينها، فتزوج له غيرها، ولم يجز، بطل، ولم يلزم الوكيل^(٢).
والفرق: أن المقصود من البيع الأثمان، والثمن يحصل من الوكيل، لأن العقد لزمه حيث اشترى في الذمة.
بخلاف النكاح، فإن الأعيان مقصودة، فإذا لم يصح لتلك العين بطل، لبطلان المقصود^(٣).

فصل

٢٣٢ - إذا ادعى: أنه وكيل في استيفاء حق على زيد فصدقه، لم يلزمه دفع الحق إليه.
ولو ادعى: أن رب الحق مات، وأنه وارثه، لزم الغريم ذلك^(٤).
والفرق: أن تصديق الغريم لا يثبت الوكالة، بل هو إقرار منه على رب الحق بالتوكيل، فلا يقبل. إذ لو حضر وأنكر وحلف أخذ بقوله، وإذا لم يثبت الوكالة لم يجب الدفع، لأنه يجب بعد ثبوتها.
بخلاف ما إذا صدق أنه وارث لرب الحق، لأنه قد أقر أن هذا المدعي هو مستحق الحق، دون غيره، فيلزمه تسليمه إليه، كما لو ادعى: أنه صاحب الحق فصدقه^(٥)، فظهر الفرق.

فصل

٢٣٣ - قد تقرر أنه لا يلزم الغريم الدفع إلى مدعي الوكالة، وإن صدقه.
فلو ادعى أنه محال بالحق فصدقه، لزمه الدفع إليه، في أصح الوجهين^(٦).

(١) انظر: المغني (١٢٩/٥)، الشرح الكبير (١٢٧/٣).

(٢) انظر: المغني (١٣٠-١٣١/٥)، الشرح الكبير (١٢٧/٣)، الإمتاع (٢٤٧/٢).

(٣) انظر: المغني (١٢٩-١٣١/٥)، الشرح الكبير (١٢٧/٣).

(٤) انظر: الهداية (١٧٠/١)، المقنع (١٦٠-١٦١/٢)، المحرر (٣٥٠/١)، منتهى الإرادات (١/٤٥٤-٤٥٣).

(٥) انظر: المغني (١١٥-١١٦/٥)، الشرح الكبير (١٢٨-١٢٩/٣)، المبدع (٣٨٧/٤)، مطالب أولي النهى (٤٩٠-٤٨٨/٣).

(٦) انظر: المقنع وحاشيته (١٦١/٢)، الشرح الكبير (١٢٩/٣)، الفروع مع تصحيحه (٣٧٤/٤)، المبدع (٣٨٧/٤)، الإمتاع (٢٥١/٤)، منتهى الإرادات (١/٤٥٣).

والفرق: نحو ما تقدم من أن الوكالة لم تثبت، فلا يلزم الدفع.
وفي الحوالة هو بتصديقه لمدعيها مقر بأنه لا حق لغيره، بل هو المستحق،
فلزمه الدفع كالوارث^(١).

فصل

٢٣٤ - قد ثبت أنه لا يلزم مصدق مدعي الوكالة الدفع إليه، لكن لو دفع إليه
جاز، فلو سلمه إليه، فحضر صاحب الحق، فأنكر الوكالة، وحلف، فإن كان
المدفوع ديناً فله الرجوع به على الدافع فقط.

وإن كان عيناً فتلقت ضمناً أيهما شاء، أعني: الدافع، والمدفوع إليه^(٢).

والفرق: أن الدين ثابت في ذمة المدين لم يبرأ بدفعه إلى مدعي الوكالة، فله
أخذه/ منه، ولا يرجع على المدفوع إليه، لأنه لا يدعي عليه حقاً، إذ هو بإنكاره II/٢٨
لوكالته معتقد أنه قبض من المدين ذلك بغير حق بخلاف العين، فإن حق مالكها
متعلق بها، وقد قبض المدعي حقه بعينه، فله الرجوع به مع بقاءه، وبقيته مع تلفه
على من شاء منهما، أما الدافع فلتقريبه بدفع مال الغير إلى غير إذنه، وأما المدفوع
إليه فلا نه قبضها بغير حق^(٣).

فصل

٢٣٥ - إذا ادعى الوكيل ديناً ثابتاً لموكله، فادعى الغريم أن موكله عزله،
وشهد بذلك ابنا الموكل، حكم بشهادتهما.

ولو لم يحكم بشهادتهما حتى قبض الوكيل الدين، ثم حضر الموكل، وقال:
كنت عزله، وشهد ابنه بذلك، لم تقبل شهادتهما.

والفرق: أن شهادتهما قبل القبض بذلك شهادة على أبيهما، لأنه إذا ثبت عزله
تأخر قبض حقه، وشهادة الولد على والده جائزة.

بخلاف شهادتهما بعد القبض، لأنها شهادة لأبيهما ببقاء حقه قبل المدعى
عليه، وشهادة الوالد لوالده غير جائزة^(٤).

فصل

٢٣٦ - إذا وكله إنسان في شراء عبد بثمان بعينه سلمه إليه، ثم حجر على

(١) انظر: المغني (١١٦/٥)، الشرح الكبير (١٢٩/٣)، المبدع (٣٨٧/٤).

(٢) الهداية (١٧٠/١/١)، المقنع (١٦٠/١)، الإمتاع (٢٤٨/٢)، منتهى الإرادات (٤٥٣/١).

(٣) المغني (١١٦-١١٥/٥)، الشرح الكبير (١٢٩/٣)، المبدع (٣٨٦/٤)، كشف القناع (٤٩١/٣).

(٤) انظر: المغني (١٤٧/٥)، الشرح الكبير (١٣٢/٣)، كشف القناع (٤٩٣-٤٩٤/٣).

الموكل لفلس، بطلت الوكالة.

ولو وكله أن يشتري في الذمة، ثم حجر عليه لفلس لم تبطل.

والفرق: أن المحجور عليه ممنوع من التصرف في أعيان ماله بنفسه، فكذا توكيله، لأن ذلك فائدة الحجر.

بخلاف ما إذا وكله في الشراء في الذمة، لأن المفلس لا يمنع من التصرف في ذمته، فلم تبطل الوكالة^(١).

فصل

٢٣٧ - إذا وكل زوجته وطلقها، لم تبطل الوكالة^(٢).

ولو وكل عبده، ثم زال ملكه عنه، بطلت^(٣).

والفرق: أن توكيله العبد أمر يلزمه امتثاله، فبطل بزوال ملكه عنه، لأنه حينئذ لا يلزمه امتثال أمره.

بخلاف الزوجة، فإن توكيلها أذن لها في التصرف، والإذن لا يبطل بطلاقها^(٤).

كتاب الشركة

فصل

٢٣٨ - إذا اشترى أحد شريكي العنان^(٥) شيئاً للشركة بضمن ليس لشريكه مال من جنسه بغير إذن شريكه، وقع الشراء له، دون الشريك^(٦).
ولو كان هناك مال من جنسه، صح الشراء لهما^(٧).

(١) انظر: المغني (١٢٤/٥)، الشرح الكبير (١٠٥/٣)، المبدع (٣٦٣/٤)، كشاف القناع (٤٦٨/٣)، مطالب أولي النهى (٤٥٤/٣).

(٢) انظر: المغني (١٢٥/٥)، الشرح الكبير (١٠٧/٣)، الإمتاع (٢٣٧/٢)، منتهى الإرادات (١/٤٤٧).

(٣) انظر: الهداية (١٦٩/١)، المغني (١٢٥/٥)، الإنصاف (٣٧١/٥)، الإمتاع (٢٣٧/٤).

(٤) انظر: المغني (١٢٥/٥)، الشرح الكبير (١٠٦-١٠٧/٣).

(٥) انظر: لسان العرب (٢٩١/١٣).

(٦) الشرح الكبير (٦٠/٣)، الإنصاف (٤١٩/٥)، الإمتاع (٢٥٦/٢).

(٧) الشرح الكبير (٦٠/٣)، الإنصاف (٤١٩/٥)، الإمتاع (٢٥٦/٢).

مثاله: أن يشتري بذهب، وليس عنده إلا عرض، أو بالعكس.
والفرق: أنه في الأولى مستدين على مال الشركة، ولا يملك المضارب ذلك، نص عليه.

بخلاف ما إذا كان في أيديهما من جنس ما اشترى به، فإنه ليس باستدانة^(١).

فصل

٢٣٩ - قلت: وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يشتري للشركة بضمن ليس معه من جنسه، ومثلنا ذلك.

ولو اشترى بذهب ومعه فضة، أو بالعكس جاز^(٢).

والفرق: / أن الشراء بضمن ليس معه من جنسه يفضي إلى الاستدانة، كما قررنا.

بخلاف المسألة الثانية، فإن الذهب والفضة كالشيء الواحد، بدليل أنهما قيم المتلفات، وضمن المبيعات، وأروش الجنايات، ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، فالشراء بأحدهما شراء بالآخر^(٣).

فصل

٢٤٠ - إذا كان اثنان مشتركين في قفيز حنطة، فقال إنسان لأحدهما: أشركني فيه، ففعل، ولم يجز شريكه، صار القابل شريكاً بنصف النصف.
ولو قال: بعني نصفه، فباعه، ولم يجز شريكه، صح البيع في كامل نصيب البائع.

والفرق: أن الشركة تقتضي التساوي، وبقاء نصيب للمشارك، فيكون بائعاً لنصف نصيبه، ويبقى له مثله، لتتحقق الشركة بينهما.

بخلاف البيع، فإن طلب البيع لا يقتضي بقاء حق البائع، وقد أضاف البيع إلى نصفه، وهو قدر نصيبه، وينفذ في جميعه، كما لو كان يملك جميعه^(٤).

(١) انظر: المغني (٢٢/٥)، الشرح الكبير (٦٠/٣).

(٢) انظر: المغني (٢٣/٥)، الشرح الكبير (٤١٩-٥٦٠/٣).

(٣) المغني (١٦/٥)، الشرح الكبير (٥٥/٣)، كشف القناع (٢٠٥/٣)، مطالب أولي النهى (٣/٥٠٧).

(٤) انظر: المغني (١٣٣/٤)، الشرح الكبير (٣٩٢-٣٩١/٢)، كشف القناع (٢٣٠-٢٢٩/٣).

فصل

٢٤١ - إذا كان عبد مشترك بين رجلين، فشركا فيه معاً ثالثاً، صار العبد بينهم أثلاثاً.

ولو شركاه متفرقين صار له نصفه، ولكل منهما ربعه.

والفرق: أن الاشتراك يقتضي التساوي، ومن التساوي: أنهما إذا شركاه معاً يكون لكل واحد منهم مثل ما للآخر، فوجب أن يكون بينهم أثلاثاً.

بخلاف ما إذا شركه كل واحد على الانفراد، لأننا قد قررنا: أن صاحب النصف إذا شارك صار لشريكه الربع، فعلى هذا يتكامل للثالث النصف، ولكل منهما الربع^(١).

فصل

٢٤٢ - إذا شرط رب المال للعامل الثلث، وسكت عن الباقي جاز، وكان الباقي لرب المال.

ولو شرط الثلث لنفسه، وسكت عن نصيب العامل لم يجز، في أحد الوجهين^(٢).

والفرق: أن نماء المال كله لرب المال، بدليل: أنه لو لم يقدر نصيباً من الربح كان كله لرب المال^(٣)، فإذا شرط قسطاً منه للعامل كان الباقي له بحكم الملك.

بخلاف العامل، فإنه إنما يملك الربح بالشرط، فإذا لم يسم نصيبه لم يكن الباقي للعامل لفقد الشرط^(٤).

وأورد: إذا شرط له الثلث كان الباقي للعامل، كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتَهُ أَبَوَاهُ فَلِأَبِيهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: الآية ١١] فلما قدر نصيب الأم دل أن الباقي للآب^(٥).

وأجيب: أن الله تعالى أضاف الإرث إلى الأبوين بقوله: ﴿وَوَرِثَتَهُ أَبَوَاهُ﴾ [النساء:

(١) انظر: المغني (٤/١٣٢)، الشرح الكبير (٢/٣٩١)، الإنصاف (٤/٤٣٧)، كشف القناع (٣/٢٣٠).

(٢) الهداية (١/١٧٤)، المقنع وحاشيته (٢/١٧٢-١٧٣)، الفروع (٤/٣٧٩)، الإمتاع (٢/٢٦٠)، منتهى الإرادات (١/٤٦١).

(٣) انظر: المغني (٥/٣٣)، الروض المربع (٢/٢١٠).

(٤) انظر: المغني (٥/٣٣)، الشرح الكبير (٣/٦٦٠-٦٦١)، المبدع (٥/١٩).

(٥) انظر: المغني (٥/٣٤)، الكافي (٢/٢٦٨)، الشرح الكبير (٣/٦٦)، المبدع (٥/١٩).

الآية ١١]، فلما كان المال لهما، وقدّر نصيب أحدهما علم أنّ الباقي للآخر، وهنا بخلافه.

فصل

٢٤٣ - إذا شرط للعامل في المضاربة نفقة جاز^(١).

ولو شرطت له في المساقاة والمزارعة لم يجز، ذكره في المجرّد.

والفرق: أن المضاربة عقد/ جائز، فصح فيه شرط النفقة للعامل، كالوكالة.

[I/٢٩]

بخلاف المساقاة والمزارعة، لأنها عقود لازمة، فلا يصح شرط نفقة العامل فيهما، لأن العقود اللازمة لا يصح أن يكون العوض فيها مجهولاً، كالبيع.

قلت: هذا يتوجه على اختيار القاضي: أن المساقاة والمزارعة عقدان لازمان، أما على اختيار أكثر أصحابنا، وظاهر كلام إمامنا، فهما جائزان^(٢)، وعلى هذا يصير حكمهما حكم المضاربة.

فصل

٢٤٤ - يجوز للمضارب أن يتناع المعيب والسليم.

ولا يجوز للوكيل أن يتناع معيماً إلا بإذن موكله^(٣).

والفرق: أن المضاربة القصد بها طلب الربح والفضل، وذلك يحصل من

المعيب، كحصوله من السليم.

بخلاف الوكالة، فإن إطلاق عقدها يقتضي شراء السليم، لأن المشتري إنما

يراد به الفينة والادخار غالباً، فلم يجز أن يشتري إلا السليم^(٤).

فصل

٢٤٥ - إذا اشترى المضارب من يعتق على رب المال بغير إذنه صح، وعتق،

ولزم المضارب قيمته لرب المال.

ولو كان رب المال امرأة، فاشترى مضاربها زوجها بغير إذنها صح، وانفسخ

(١) انظر: الهداية (٦٧١/١)، المقنع (١٧٧/٢)، الفروع (٣٨٤/٤)، الإمتاع (٢٦٤/٢).

(٢) انظر: الهداية (٧٧١/١)، المغني (٤٠٤/٥)، الفروع (٤٠٧/٤)، الإنصاف (٤٧٢/٥)، الإمتاع (٢٧٧/٢).

(٣) انظر: الكافي (٢٧٢/٢)، الفروع (٣٨٢/٤)، الإمتاع (٢٦٣/٢).

(٤) انظر: الكافي (٢٧٣/٢)، المغني (١٤١/٥)، الشرح الكبير (١١٥/٣)، كشف القناع (٥١٣/٣).

النكاح، ولم يلزمه ما ألتفه من مهر ونفقة^(١).

والفرق: أن شراء الرقبة في الأولى ألتف قيمتها من مال المضاربة، فلزمه ذلك، كما لو قتلها.

بخلاف الثانية، فإن الإلتلاف لا يعود إلى مال المضاربة، ولا هو مما يلزم ضمانه، بدليل: أنه لو قتل زوجة رجل لم يضمن بضعها^(٢).

فصل

٢٤٦ - إذا شرط للعامل في المضاربة أكثر من أجرة مثله في مرضه صح، وحسبت الزيادة من رأس المال^(٣).

ولو كان ذلك في المساقاة اعتبرت الزيادة من الثلث^(٤)، ذكره القاضي في المجرّد.

والفرق: أن الربح في المضاربة ليس من عين المال، بل هو متولد من تقلب العامل وتصرفه، فلم يخرج من ماله شيئاً.

بخلاف المساقاة، فإن الثمرة متولدة من عين ماله، وخارجة منه، فجرت مجرى أصلها، واعتبرت من الثلث^(٥).

فصل

٢٤٧ - إذا قال العامل: ربحت ألفاً، ثم قال: غلطت، أو نسيت، لم يقبل.

ولو قال: خسرت، قبل قوله^(٦).

والفرق: أنه في الأولى أقر بحصول مال بيده، ثم أنكر، فلم يقبل منه، أشبه ما لو قال: لفلان علي ألف، ثم أنكر، فإنه لا يسمع، كذا هنا.

بخلاف الثانية، فإن العامل أمين، وقد ادعى أمراً ممكناً، فكان القول فيه قوله،

(١) انظر: الهداية (١/١٧٥)، الكافي (٢/٢٧٣-٢٣٥)، الإمتاع (٢/٢٦٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٣١).

(٢) انظر: المغني (٥/٤٤٤-٤٦)، الشرح الكبير (٣/٧٤-٧٣)، المبدع (٥/٢٤-٢٥)، كشاف القناع (٣/٥١٤-٥١٣).

(٣) انظر: الهداية (١/١٧٧)، المقنع (٢/١٨٠)، المنتهى (٢/١٦٨).

(٤) انظر: المغني (٥/٦٢)، الشرح الكبير (٣/٨٦)، غاية المنتهى (٢/١٦٨).

(٥) انظر: المغني (٥/٦٢)، الشرح الكبير (٣/٨٦)، مطالب أولي النهى (٣/٥١٤-٥١٥).

(٦) انظر: الهداية (١/١٧٦)، المقنع (٢/١٨٢)، المحرر (١/٣٥٢)، غاية المنتهى (٢/١٧٥).

كما لو ادعاه ابتداء^(١).

فصل

٢٤٨ - إذا كان أربعة، لأحدهم دكان، وآخر رحى، وآخر بغل.

[٢٩/ب] ومن/ الآخر عمل، فقال لهم إنسان: استأجرتكم لطحن كرو طعام بعشرة، صبح، وقسطن بينهم أربعاً، وعلى كل واحد منهم طحن ربه.

ولو قال: استأجرت من هذا دكانه، ومن هذا رحاه، ومن هذا بغله، وهذا العامل لطحن الكرو صبح، وقسطن الأجرة على مثل أجرة الدكان، والرحى، والبغل، والعمل.

والفرق: أنه في الأولى استأجرهم مطلقاً، فتعلقت الإجارة بدمهم والدم متساوية، والتزامهم متساو، فتساووا في الأجرة.

بخلاف الصورة الثانية، فإن الإجارة تعلقت بالأعيان فصحت، لأن جملة البذل معلومة، ولا أثر لكون ما يقابل قسط كل واحد من المعقود عليه مجهولاً، كما لو تزوج نسوة بعوض واحد فإنه يصب، ويقسط على مهور أمثالهن، كذا ما نحن فيه.

إذا تقرر هذا، فقد قدمنا: أن كلاً منهم في المسألة الأولى يلزمه طحن الربع، فلو طحنوه بالآلة المذكورة لكان اشتراكهم لا يلغى، ولا يلزمه كله، بل ربه، لأن اشتراكهم في طحنه يقتضي أن كل أثر يحصل يكون بينهم أربعاً، فعلى هذا يكون بينهم أربعاً، وعلى هذا يرجع صاحب الدكان على رفقائه بثلاثة أرباع أجرة المثل له، وكذا صاحب الرحى، والبغل، والعامل، لما قررنا^(٢).

كتاب الإقرار

فصل

٢٤٩ - إذا أقر في مرض موته لوارث بدين، فأجازه بقية الورثة قبل موته لم يصب، حتى يجيزوه بعده.

ولو صدقوه فيه صبح، قبل الموت وبعده.

(١) انظر: المغني (٥/٧٨٧)، الشرح الكبير (٣/٨٨)، المبدع (٥/٣٧).

(٢) انظر: المغني (٥/١٣)، الشرح الكبير (٣/٩٨٩)، كشف القناع (٣/٥٢٩-٥٣٠)، مطالب أولي النهي (٣/٥٥١-٥٥٠).

والفرق: أن الإجازة تنفيذ، فلم تصح إلا في وقت يملكونه، وهو بعد الموت كتفنيذ الوصايا.

بخلاف الثانية، فإن تصديقهم له اعتراف منهم للمقر له بما أقر به المريض، ولا يفرق الحال في الاستحقاق بين وقوعه قبل وبعد، بدليل: أن الإنسان لو عرف أن داراً لشخص، وهي مغصوبة في يد غيره، فانتقلت من الغير إليه، لكان يلزمه تسليمها إلى مالكيها الأول، ولم يؤثر، مع أنه عرف استحقاق مالكيها لها قبل انتقالها إليه.

تلخيص الفرق: أن الورثة في الأولى مجيزون، ولا يملكون الإجازة إلا بعد الموت.

وفي الثانية، معترفون بالحق، فلزمهم حكم اعترافهم.

فصل

٢٥٠ - إذا قال: أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت، فقال المالك: بل غصبتها، فالقول قول المقر مع يمينه، ولا ضمان عليه.

ولو قال: أخذت منك ألفاً وديعة فهلكت، فقال المالك: بل غصباً، فالقول قول المالك^(١).

والفرق: أنه في الأولى لم يقر بفعل يوجب الضمان، بل أقر بفعل / الدافع [١/٣٠] إليه، وذلك تصرف من الدافع في ملكه، فإقراره لا يوجب ضماناً، كقوله: أكلت مالك.

بخلاف الثانية، فإنه مقر بفعل نفسه وهو الأخذ، وذلك يوجب الضمان، لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(٢) رواه أبو داود، والترمذي، وغيرهما، فإذا اعترف بالأخذ لزمه ضمان ما أخذ حتى يرده.

فصل

٢٥١ - إذا قال: له علي شيء، صح وألزم تفسيره^(٣).

(١) الفروع (٦/٦٣٣)، منتهى الإرادات (٢/٧٠٢)، غاية المنتهى (٣/٥٠٣)، شرح منتهى الإرادات (٣/٥٨٥)، مطالب أولي النهي (٦/٦٨٥).

(٢) (ج) أخرجه ابن الجارود في المنتقى (١/٢٥٦) - ح (١٠٢٤)، والحاكم في مستدركه (٢/٥٥) - ح (٢٣٠٢)، وقال: صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه. والترمذي (٣/٥٦٦) - ح (١٢٦٦)، وقال: حديث حسن صحيح، والدارمي (٢/٣٤٢) - ح (٢٥٩٦)، والبيهقي في الكبرى (٦/٩٠) - ح (١١٢٢)، وأبو داود (٣/٢٩٦) - ح (٣٥٦١)، والنسائي في الكبرى (٣/٤١١) - ح (٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢/٨٠٢) - ح (٢٤٠٠)، والإمام أحمد في مسنده (٥/٨).

(٣) انظر: الهداية (٢/١٥٩)، المغني (٥/١٨٧)، الفروع (٦/٦٣٤)، الإمتاع (٤/٤٧١).

ولو ادعى مجهولاً في غير وصية، لم تسمع^(١).
والفرق: أن الإقرار إخبار بما يستحق عليه، فلو رد لسقط حق المقر له، لأنه قد لا يقر بمعلوم فيضيع الحق.
بخلاف الدعوى، فإنها حق المدعي، فإذا ردت لجهالتها لم يضره، لأنه يعدل إلى الدعوى بمعلوم^(٢).
والفرق بين الوصية وغيرها يذكر في موضعه.

فصل

٢٥٢ - إذا قال: له علي ألف إذا جاء رأس الشهر صح.
ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فله علي ألف، لم يصح^(٣).
والفرق: أنه في الأولى أقر بشيء، وادعى تأجيله، وذلك لا يسمع منه.
وفي الثانية، علق الإقرار بشرط لم يصح، كما لم يصح: إذا قدم زيد فلعمرو علي كذا، وإنما لم يصح تعليقه لأنه بالتعليق يخرج عن كونه إخباراً بحق سابق، فلذا لم يصح^(٤).

فصل

٢٥٣ - إذا قال عارف بالعربية: له علي درهم غير دائق^(٥)، برفع غير، لزمه درهم تام.
ولو نصّبها لم يلزمه إلا خمسة دوانق.
والفرق: أن غير في الأولى نعت.
وفي الثانية استثناء^(٦).

فصل

٢٥٤ - إذا قال: له علي كذا وكذا درهماً، لزمه درهماً.

-
- (١) انظر: الهداية (١٣٧/٢)، الكافي (٤٨٦/٤)، الفروع (٤٦٠/٦)، الإمتاع (٣٩٧/٤).
(٢) انظر: المغني (١٨٧/٥)، الشرح الكبير (١٦٥/٣)، المبدع (٣٥٥/١)، كشف القناع (٤٨٠/٦).
(٣) انظر: الهداية (١٥٩/٢)، الكافي (٥٧٥/٤)، المحرر (٤٢٤-٤٣٣/٣)، الإنصاف (١٦٤/١٢).
(٤) انظر: المغني (٢١٩/٥)، الشرح الكبير (١٤٦/٣)، المبدع (١٠/٣٢٣).
(٥) انظر: المصباح المنير (١٠٢/١).
(٦) انظر: المغني (١٥٨/٥)، الشرح الكبير (١٥٠/٣)، النكت والفوائد السنية (٤٥٧/٢)، كشف القناع (٤٧٠/٦).

ولو رفع الدرهم، لزمه درهم واحد^(١).

والفرق: أنه في الأولى أقر بمبهمين يمكن تفسيرهما بدرهمين وثوبين، وغير ذلك، فإذا نصب درهماً كان الدرهم مقسراً للعدد، فيلزمه درهمان.

بخلاف الثانية، فإنه لم يقر، وإنما بين بالدرهم مبلغ العدد، فكأنه قال: كذا وكذا مبلغها درهم^(٢).

قلت: وهذا الذي حكاه في المسألتين وجهاً في المذهب.

والصحيح: أنه يلزمه درهم في المسألتين، وفي المسألة أقوال:

أحدها: ما ذكر المؤلف.

والثاني: ما ذكرته آنفاً.

والثالث: يلزمه درهمان فيهما.

والرابع: درهم، وبعض آخر^(٣).

قال أبو البركات^(٤) بعد ذكر هذه الأقوال، وبعد أن ذكر في قوله: له عليّ كذا درهماً، وكذا كذا درهماً، بالنصب أو بالرفع: إنه يلزمه درهم.

قال: وهذا كله عندي إذا كان يعرف العربية، فإن لم يعرفها لزمه بذلك درهم في الجميع^(٥)، هذا آخر كلامه، وفيه شيء.

فإن هذا إنما يتوجه أن لو كان ما قدمه هو مقتضى العربية، وليس كذلك، [ب/٢٠] وإنما مقتضى العربية ما قاله محمد بن الحسن: أنه إذا قال: كذا درهماً، لزمه عشرون، لأنه أقل عدد مفسر بالواحد المنصوب، وإن قال: كذا كذا درهماً لزمه أحد عشر، لأنه أقل عدد مركب، يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال: كذا وكذا درهماً، لزمه إحدى وعشرون، لأنه أقل عدد معطوف بعضه على بعض يفسر بذلك، وإن قال: كذا درهم بالجذر، لزمه مائة، لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد^(٦)، فهذا مقتضى العربية.

(١) انظر: المغني (١٩٢/٥)، الفروع (٦٣٨/٦)، الإنصاف (٢١٤/١٢)، متبهي الإرادات (٧٠٧/٢).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (٤٠٤/١)، المغني (١٩٢/٥)، الشرح (١٦٨-١٦٩).

(٣) انظر: المغني (١٩٢/٥)، النكت والفوائد السنية (٤٨١/٤)، الإنصاف (٢١٤/١٢).

(٤) انظر: سير أعلام النبلاء (٢٣/٢٩١)، ذيل طبقات الحنابلة (٢/٢٤٩)، المقصد الأرشد (٢/١٦٢).

(٥) انظر: المحرر (٤٨٢/٢)، وأورده في الإنصاف (١١٥/١٢).

(٦) انظر: الهداية شرح البداية (٣/١٨١)، ورد الحكم شرح غرر الأحكام (٢/٣٥٩-٣٦٠).

وأما الذي ذهب إليه أصحابنا، فإنه يرجع إلى قاعدة، وهي: أن الأصل براءة الذمة، فلا نعلق بها إلا ما نتيقنه، ولا نعلق بها شيئاً بأمر محتمل^(١)، وهذه الألفاظ المذكورة تحتمل ما ذهب إليه محمد، وما ذهب إليه الأصحاب، ولكن ما ذهبوا إليه هو اليقين لأنه الأقل، فها هنا يحسن الفرق بين العارف بالعربية، والجاهل بها، فالعارف بها: يلزمه ما ذهب إليه محمد، وغير العارف: يلزمه ما ذهب إليه أصحابنا، وهذا الذي يتوجه لي.

فصل

٢٥٥ - إذا قال: له علي درهم، بل درهماً، لزمه درهماً فقط.
ولو قال: درهم بل دينار، لزمه^(٢).
والفرق: أنه في الأولى أضرب عن الأول، وفي الثاني من جنسه.
وفي الثانية، أضرب عن الأول، وليس في الثاني من جنسه، فكأنه أراد إسقاط الأول، وذلك لا يمكن فلزمه.
وفي الأولى، لم يسقط، وإنما ضم إلى الدرهم مثله^(٣).

فصل

٢٥٦ - إذا أقر في مرض موته لبعض ورثته بمال لم يصح إقراره^(٤).
ولو أقر بوارث صح، مع أنه متضمن للإقرار بالمال^(٥).
والفرق: تقدم في كتاب البيع، في قولنا: إذا اشترى من إنسان داراً وهي في يد ثالث، فلينظر هناك.

فصل

٢٥٧ - إذا قال: هذه الدار لفلان، ولي منها هذا البيت قبل منه^(٦).

-
- (١) انظر: المغني (١٩٣/٥)، الشرح الكبير (١٦٩/٣).
(٢) انظر: الهداية (١٦٠/٢)، المقنع (٧٥٤-٧٥٣/٣)، المحرر (٤٩٣-٤٩٢/٢)، الإمتاع (٤٧٤/٤).
وقال ابن قدامة في المغني (١٧٣/٥) عن حكم المسألة الثانية: «بغير خلاف».
(٣) انظر: المغني (١٧٣-١٧٢/٥)، الشرح الكبير (١٧٤-١٧٣/٣)، النكت والفوائد (٤٩٢/٢)، كشف القناع (٤٨٥-٤٨٤/٦).
(٤) انظر: إلابيئة تشهد الحق المقر به أو إجازة من الورثة. الهداية (١٥٥/٢)، المقنع (٧٢٧/٣)، الفروع (٦٠٨/٦)، منتهى الإرادات (٦٨٦/٢).
(٥) انظر: الهداية (١٥٥/٢)، المقنع وحاشيته (٧٢٨/٣)، الفروع (٦٠٨/٦)، منتهى الإرادات (٦٨٥/٢).
(٦) انظر: الهداية (١٥٨/٢)، الكافي (٥٧٨/٤)، الإمتاع (٤٦٤/٤)، منتهى الإرادات (٦٩٧/٢).

ولو قال: هذه الدار له، ولي نصفها لم يقبل^(١).

والفرق: أن اسم الدار يصدق على ما دون البيت، فالبيت ليس جزءاً منها^(٢)، فليس ذلك رجوعاً فصيح.

بخلاف المسألة الثانية، فإن المقر أثبت للمقر له الدار جميعها، فإذا قال بعد ذلك: ولي نصفها، فقد ادعى عين ما أقر به، لأن اسم الدار لا يطلق عليها بدون نصفها، فظهر الفرق، والله أعلم.

فصل

٢٥٨ - إذا قال: له عليّ مع كل درهم درهم، لزمه درهمان من غير زيادة.

ولو قال: أنت طالق مع كل طلقة طلقة، طلقت ثلاثاً.

والفرق: أن الطلاق ذو عدد محصور، فإذا دخلت عليه كل اقتضت / استيعاب [١/٣] الجميع، كما لو قال: أنت طالق كل الطلقات، فإنها تطلق ثلاثاً، كذا هنا.

بخلاف مسألة الدراهم، فإن الدراهم ليس لها عدد محصور توقف عنده، وللدراهم الواحد حاصر يحصره، فصار إدخال حرف كل عليه للإحاطة بأجزائه، فكأنه قال: له عليّ درهم مع جملة أجزاء الدرهم، ولو قال: كذا، لزمه درهمان كما لو قال: له عليّ درهم مع درهم.

فصل

٢٥٩ - إذا كانت في يده عين فادعها زيد وعمرو، فأقر بها لزيد، ثم لعمرو،

لزمه تسليمها إلى زيد، وقيمتها لعمرو.

ولو أقر بها لأحدهما، لزمه تسليمها إليه، ولم يلزمه للآخر شيء^(٣).

والفرق: أنه في الأولى إنما أقر بها لعمرو بعد أن فعل ما حال به بينه وبينها بغير حق، فلذلك غرم قيمتها، كما لو أقر بها بعد الإلتلاف.

بخلاف ما إذا أقر بها لأحدهما خاصة، لأنه لم يقر للآخر بما يلزمه الخروج منه، فلم يلزمه له غرم، كما لو كان هو المدعي وحده ولا بينة له، فلم يقر له بشيء، فإنه لا يلزمه غير اليمين، كذا هنا^(٤).

(١) انظر: النكت والفوائد السنية (٤٦٦/٢)، الإنصاف (١٧٤/١٢)، الإمتاع (٤٦٤/٤)، منتهى الإرادات (٦٧٩/٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (١٥٠/٣)، المبدع (٣٣٢/١٠)، كشاف القناع (٤٦٩/٦).

(٣) انظر: الهداية (١٥٩/٢)، المقنع (٧٤٨/٣)، الإمتاع (٤٧٠/٤)، منتهى الإرادات (٧٠٤/٢).

(٤) انظر: الكافي (٥٨٨/٤)، الشرح الكبير (١٦٤-١٦٣/٣)، المبدع (٣٥١/١٠)، كشاف القناع (٤٧٨/٦).

فصل

٢٦٠ - إذا قال: له في ميراث أبي ألف، كان مقراً بالألف ديناً على تركه أبيه يستوفى منها.

ولو قال: [له] في ميراثي من أبي ألف، ثم قال: أردت بذلك هبة أهبها له، ثم بدا لي في تقيضه، قبل منه، ولم يلزمه شيء^(١).

والفرق: أنه إذا قال: في ميراث أبي، فقد أقر على أبيه بحق لازم في تركته، فيجب استيفاء ذلك من التركة.

بخلاف ما إذا قال: في ميراثي من أبي، لأنه قد أضاف الملك إلى نفسه وأخبر أن له في ملكه ألفاً، ولا يكون ملكه لغيره إلا إذا نقله بهبة أو غيرها، فكلامه هذا ليس إقراراً بحق سابق، فإذا فسر ذلك بالهبة، ثم رجع فيها جاز، لأنه قبل القبض^(٢).

فصل

٢٦١ - إذا كان في يد شخص عبد محكوم له بملكه فأقر السيد: أنه ملك لزيد، فصدقه زيد، فقال العبد: بل أنا ملك عمرو، حكم به لزيد، ولم يلتفت إلى قول العبد، فإن أنكر زيد بقي على ملك سيده^(٣).

ولو قال مجهول النسب: أنا عبد فلان فكذبه، حكم بحريته^(٤).
والفرق: أن العبد في الأولى محكوم لسيد بملكه، فإذا لم يقبله من أقر له به، بقي على ملك مالكة.

بخلاف الثانية، فإن الأصل في الأدمي الحرية، والمقر غير محكوم بملكه، فإذا لم يصدقه المقر له عاد إلى أصل الحرية، فافترقا.

فصل

٢٦٢ - إذا أقر بألف درهم وأطلق، ووزن دراهم بلد الإقرار ناقص/ عن [٢٧/ب]

(١) انظر: الهداية (١٥٩/٢)، المقنع (٧٤٤/٣)، الفروع (٦٢٨-٦٢٧/٦)، الإمتاع (٤٦٧/٤).

(٢) انظر: المغني (١٨٦/٥)، الشرح الكبير (١٥٨/٣)، النكت والفوائد (٤٤٣/٢)، كشف القناع (٤٧٤-٤٧٣/٦).

(٣) انظر: المغني (١٦٦/٥)، الشرح الكبير (١٦٢/٣)، المحرر (٣٩٢/٢).

(٤) انظر: المغني (٧٧٩-٧٧٨/٥)، الشرح الكبير (٥٠٣/٣)، الإنصاف (٤٥١/٦)، منتهى الإرادات (٥٦٢/١).

دراهم، الإسلام، لزمه بوزن الإسلامية^(١).

ولو باعه شيئاً بألف درهم كان بوزن دراهم البلد^(٢).

والفرق: أن الإقرار بإخبار بواجب في الذمة، فيحتمل أن يكون الوجوب في بلد الإقرار، ويحتمل أن يكون في غيره، فإذا احتتمل أطرح ذلك، وعمل على عرف الشرع، وهو دراهم الإسلام.

بخلاف البيع، فإنه ابتداءً بإيجاب في الحال، فلا ينصرف إلا إلى نقد البلد ووزنه^(٣).

قلت: هذا الذي حكاه في الأولى هو أحد الوجهين.

والآخر: تلزمه الألف بوزن البلد، وهو الصحيح. إذ الظاهر رجوعه إلى عرف أهل البلد دون الشرع، لكونه اليقين^(٤).

ولو قيل: يرجع في تفسير الوزن إليه لم يكن بعيداً.

فصل

٢٦٣ - إذا كان لرجل أمة محكوم له بملكها، فانتقلت إلى غيره، واختلفا في سبب انتقالها، فقال الذي انتقلت إليه: زوجتنيها بألف، فقال: بل بعتهما بالألف، فكل منهما يدعي على الآخر عقداً ينكره، ولا بينة، فعلى منكر الاتباع اليمين، دون منكر التزويج، وهو المالك الأول.

والفرق: أن المالك منكر للتزويج، والنكاح لا يمين في إثباته ولا نفيه، على الصحيح من المذهب.

بخلاف منكر البيع، فإن البيع مما يستحلف فيه، إثباتاً ونفياً^(٥).

فصل

٢٦٤ - إذا ثبت هذا، فإن الأمة إذا حلف منكر شرائها حكماً ببطلان البيع

(١) انظر: الكافي (٥٨٤/٤)، الإنصاف (١٨٥/٢)، الإمتاع (٤٦٥/٦)، منتهى الإرادات (٦٩٨/٢).

(٢) انظر: الهداية (١٣٣/١)، المقنع (١٧/٢)، الفروع (٣٠/٤)، الإمتاع (٧١/٢).

(٣) انظر: المغني (١٦٩/٥)، الشرح الكبير (١٥٤/٣)، المبدع (٣٣٨/١٠).

(٤) انظر: المغني (١٦٩/٥)، الشرح الكبير (١٥٤/٣)، المبدع (٣٣٧/١٠)، كشف القناع (٦/٤٧١).

(٥) انظر: المغني (١٩٦/٥)، الشرح الكبير (١٦٠/٣)، المبدع (٣٢٤/١٠).

والنكاح، وترد إلى مالكةا، لكن لا يجوز له وطؤها.

ولو نكل منكر الشراء عن اليمين، وقضى عليه بالنكول، أو ردت اليمين على المالك، فحلف أنه باعه إياها، ثبت البيع ظاهراً، وأقرت الأمة في يد منكر الشراء، وله وطؤها.

والفرق: أن منكر الشراء معتقد جواز وطئها بكل حال، لأنها إما زوجته إن كان صادقاً، أو أمته إن كان كاذباً، لأننا قد حكمنا بصحة البيع.

بخلاف مالكةا إذا رجعت إليه، فإنه يعتقد تحريمها، لكونها أمة غيره، وقد عادت إليه بغير فسخ ولا عقد جديد، فافترقا.

وذكر القاضي، وجهاً: أنه يجوز لمالكها الوطء، قال: لأن رجوعها إليه فسخ، لأن البائع وجد عين ماله عند المشتري، وقد تعذر عليه استيفاء الثمن منه، فكان له أخذ ماله بالفسخ، كما لو وجد عين ماله عند المقلس المحجور عليه.

فصل

٢٦٥ - قلت: وهذا الذي ذكرناه من رد الأمة إلى مالكةا الأول إنما يكون بتقدير أن مدعي الزوجية لم يستولدها.

أما/ إذا استولدها فإنها لا ترد إلى الأول، ولا يحل له وطؤها قولاً واحداً^(١). [٢/٢٢]

والفرق: أن مالكةا الأول معترف بزوال ملكه عنها، وذهابه بالكلية بعد زواله، فلا يعود إليه بحال، كما لو ادعى: أنه باع عبده من زيد، وأن زيدا أعتقه، وأنكر زيد الشراء وحلف، فإن البيع يسقط، ولا يعود العبد إلى الملك بحال، لأنه اعترف بذهاب ملكه بعد انتقاله^(٢).

وهذا بخلاف ما إذا لم يكن استولدها مدعي الزوجية، فإن مالكةا حينئذ ليس معترفاً بتلف ملكه بعد زواله، فلذا عادت إليه.

فصل

٢٦٦ - فإن كان اختلافهما في المسألة المتقدمة بعد أن استولدها مدعي الزوجية، وحلف على عدم الشراء فقد قررنا: أن الجارية لا ترد إلى مالكةا الأول، فإذا ثبت ذلك، فإنها لا تقر في يد مدعي الزوجية، ولا يجوز له وطؤها في الحكم.

ولو قال رجل لآخر: بعتك أمتي بألف، وقبضت الثمن، فأنكر، وقال: بل

(١) انظر: المغني (١٩٥/٥)، الشرح الكبير (١٦٠/٣)، المبدع (٣٢٥/١٠)

(٢) انظر: المغني (١٩٥/٥)، الشرح الكبير (١٦٠/٣)، المبدع (٣٢٥/١٠)

وهبتها، فإنه يباح له وطؤها.

والفرق: أنا قد حكمنا في الأولى بعدم الزوجية والشراء جميعاً، لأن الأصل عدمهما، وقد حلف على نفي الشراء، ولا يمين في النكاح، فلا يجوز له وطؤها لعدم مجوزة^(١).

بخلاف الثانية، فإنهما قد اتفقا على الإباحة، واختلفا في سببها، ولم يحكم بعدم البيع والهبة.

فصل

٢٦٧ - فإن ماتت هذه الجارية، استوفى مدعي بيعها الثمن من تركتها إن كان مستولداً حياً.

وإن كان ميتاً لم يجز استيفاء الثمن من التركة.

والفرق: أن مستولداً إذا كان حياً فهو معترف أن جميع تركتها لسيدها، لأنه يعتقد أنها مملوكة له، ومالكها الأول مدعي بيعها يعترف أن جميع تركتها لمستولدها، لأنه وارثها بالولاء، وأنه يستحق عليه ثمنها، ويريد أخذه من ماله، والتركة ماله، فقد اتفقا على جواز استيفاء مدعي البيع للثمن من هذه التركة، إما بحق الملك، أو الثمن.

بخلاف ما إذا كان مستولداً ميتاً، فإن مدعي بيعها يعترف أنها عتقت بموت سيدها، وأن تركتها لورثتها من النسب، فلا يستحق استيفاء دين له على معتقها من تركتها، فظهر الفرق^(٢).

فصل

٢٦٨ - إذا أقر بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب، وكان مثله يولد لمثله لحقه^(٣).

وإن أقر بنسبه وهو مكلف، لم يلحق إلا بتصديقه^(٤).

والفرق: أن المكلف يعتبر قوله، فلم يلحق إلا بتصديقه، كما لو ادعى: أن المكلف عبده، فإنه يعتبر تصديقه، كذا ها هنا.

(١) المبدع (١٠/٣٢٥).

(٢) المغني (٥/١٩٥)، الشرح الكبير (٣/١٦٠).

(٣) انظر: المغني (٥/٢٠٠)، الشرح الكبير (٣/١٣٩)، الإمتاع (٤/٤٦٠).

(٤) انظر: الهداية (٢/١٥٥)، الكافي (٤/٥٩٧)، الإمتاع (٤/٤٦٠)، منتهى الإرادات (٢/٢).

ب/٣ بخلاف/ الصغير والمجنون، فإنه لا يعتبر قولهما، ويلحقان به، كما لو كانا في يده، ولم يعلم سبب ذلك فادعى رقبهما، فإنه يحكم له بملكهما، ولم يعتبر قولهما، كذا هنا^(١).

فصل

٢٦٩ - إذا كان له جارتان، لكل منهما ولد، فقال سيدهما: أحد هذين الولدين ولدي، ولا زوج لواحدة منهما، ولم يكن السيد قد أقر بوطء واحدة منهما، ثم مات ولم يبين، ولم توجد قافة^(٢)، أو وجدوا وأشكل عليهم وعلى ورثته، أقرع بينهم، فمن قرع ثبتت حرته، دون نسبه^(٣).

والفرق: أن للقرعة مدخلاً في تمييز الحرية من الرق، بدليل: لو أعتق عبداً من عبيده لا بعينه، أقرعنا بينهم لتمييز الحر، كذا هنا^(٤).

بخلاف النسب، فإن القرعة لا تدخله، بدليل ما لو وقع ثلاثة على امرأة فجاءت بولد، يرى القافة، ولا يقرع بينهم، نص عليه في رواية ابن منصور وغيره، وإذا لم يكن لها مدخل في النسب لم تستعمل فيه.

فصل

٢٧٠ - قد قررنا: أنه ثبت حرية أحدهما بالقرعة، دون نسبه، فعلى هذا لا يرث، ولا يوقف له سهم، ولا يقرع بينهما لتبيين الوارث.

ولو طلق واحدة من نسائه ثلاثاً، ومات ولم يبين، أقرع بينهما، وورثن إلا القارعة^(٥).

والفرق: أن القرعة بينهما في الإرث تقتضي ثبوت النسب بالقرعة ضمناً، وقد قررنا: أنه لا مدخل لها هنا.

بخلاف الزوجات، فإن المطلقة تخرج بالقرعة، ويرث غير المطلقة.

فصل

٢٧١ - إذا أقر العبد المأذون له في التجارة بمال وأطلق، صح إقراره في قدر

(١) انظر: المغني (٥/٢٠٠)، الشرح الكبير (٣/١٣٩)، المبدع (١٠/٣٠٩)، كشف القناع (٦/٤٦٠).

(٢) انظر: لسان العرب (٩/٢٩٣)، القاموس المحيط (٣/١٨٨).

(٣) انظر: المغني (٥/٧٦٦)، الشرح الكبير (٣/٥٠٨)، المبدع (٥/٣٠٧)، الإنصاف (٦/٤٥٨).

(٤) المغني (٥/٢٠٩)، الشرح الكبير (٣/١٤٢)، المبدع (١٠/٣١١).

(٥) انظر: الكافي (٣/٢٢٢)، المغني (٧/٢٥٢)، الإنصاف (٩/١٤٢)، الإمتاع (٤/٦٢).

ما أذن له فيه، فإن لم يف ما بيده من المال بالدين لزم سيده ما فضل^(١).
ولو أقر بما يوجب المال، ولا يتعلق بالتجارة، كقتل الخطأ والغصب
ونحوهما، فحكمهما حكم إقرار غير المأذون له إذا أقر بدين، وفيه روايتان:
إحدهما: يصح، ويتبع به بعد العتق، واختارها السامري^(٢).
والأخرى: يتعلق برقبته، وهي المشهورة في المذهب، ولا يتعلق بذمة السيد
قولاً واحداً.
والفرق: أن السيد أذن له في التجارة، ولم يأذن له في الجنائية، فإذا أقر بذلك
فقد أضاف الإقرار إلى غير محل الإذن، فلذا لم يتعلق بمال التجارة.
بخلاف ما إذا أطلق الإقرار فإنه يقبل، لأن الإذن السابق ألحقه في الالتزام
بالآخر، فلحق إقراره المطلق بإقرارهم.

كتاب العارية

فصل

[١/٣٣]

٢٧٢ - / إذا أعاره أرضاً ولم يقدر مدتها جاز^(٣).
ولو أجره ولم يقدر المدة لم يجز^(٤).
والفرق: أن الإجارة من العقود اللازمة، فأثرت الجهالة فيها، كالبيع.
بخلاف العارية، فإنها من العقود الجائزة فلا تقدر الجهالة فيها، كالجعالة

فصل

٢٧٣ - يلزم المستعير مؤنة رد العارية^(٥).
ولا يلزم المستأجر مؤنة رد العين المؤجرة^(٦).
والفرق: أن المستعير ضامن للرد، فلزمه مؤنته، كالغاصب.

-
- (١) انظر: الهداية (١٦٦/١)، المقنع (١٤٧/٢)، الإمتاع (٢٣٠-٢٢٩/٢).
(٢) انظر: الشرح الكبير (١٣٨/٣)، الفروع وتصحيحه (٦١١/٦)، الإمتاع (٤٥٩/٤).
(٣) انظر: الكافي (٣٨٤/٢)، الشرح الكبير (١٧٧/٣)، المبدع (١٣٨/٥)، الإمتاع (٣٣٣/٢).
(٤) انظر: الهداية (١٨٠/١)، المقنع (٢٠٥/٢)، المحرر (٣٦٠/١)، الإمتاع (٣٣٦/٢).
(٥) انظر: الهداية (١٩١/١)، المقنع (٢٣٠/٢)، المحرر (٣٦٠/١)، الإمتاع (٣٣٦/٢).
(٦) انظر: المغني (٥٣٥/٥)، المحرر (٣٦٠/١)، الفروع (٤٥٤/٤)، الإمتاع (٣٢٠/٢).

بخلاف المستأجر، فإن يده يد أمانة فلا يلزمه مؤنة الرد، كالمودع^(١).

فصل

٢٧٤ - لا يجوز للمستعير أن يعير، ولا يؤجر^(٢).
ويجوزان للمستأجر^(٣).

والفرق: أن منافع العارية ملك للغير، أباحها المستعير، فلا يملك منها إلا ما ينتفع به، فلا يجوز له إخراجها إلى غيره.
بخلاف المستأجر، فإنه مالك المنافع^(٤).

فصل

٢٧٥ - إذا أعاره شيئاً، ثم وهبه منه، بطلت العارية.
ولو أجره، ثم وهبه، لم تبطل الإجارة^(٥).
والفرق: أن العارية إباحة كما بينا، وإذا زال الملك زالت الإباحة، فبطلت^(٦).
والإجارة تمليك للمنفعة، فإذا زال حق المؤجر لم يزل حق المستأجر، كما لو باعها من أجنبي^(٧).

فصل

٢٧٦ - إذا اختلف مالك الدابة وراكبها، فقال المالك: أجرتكها، وقال الراكب: بل أعرتنيها، ولا بينة، أخذ بقول القابض مع يمينه، ولا أجره^(٨)، ذكره ابن عقيل.

(١) انظر: المغني (٥/٥٣٥)، الشرح الكبير (٣/٣٦٣)، كشف القناع (٤/٤٦)، مطالب أولي النهى (٣/٦٩٦).

(٢) انظر: الهداية (١/١٨٣)، المقنع وحاشيته (٢/٢٢٩٩-٢٠٣)، الإمتاع (٢/٢٣٥)، منتهى الإرادات (١/٥٠٥).

(٣) انظر: الهداية (١/١٨١)، المقنع (٢/٢٠٢)، الإمتاع (٢/٣٠٣)، غاية المنتهى (٢/٢٠٢).

(٤) انظر: المغني (٥/٢٢٧)، الشرح الكبير (٣/١٨٣)، كشف القناع (٤/٧٢)، مطالب أولي النهى (٣/٧٣٩).

(٥) انظر: الإنصاف (٦/٧٠)، الإمتاع (٢/٣١٣).

(٦) انظر: الإنصاف (٦/٧٠)، كشف القناع (٤/٣٢).

(٧) انظر: كشف القناع (٤/٣١).

(٨) انظر: المغني (٥/٢٣٥)، الشرح الكبير (٣/١٨٤)، المبدع (٥/١٤٧-١٤٨)، الإنصاف (٦/١١٨-١١٧).

ولو قصر قصار ثوب رجل، وقال: استأجرتني لقصارته فعليك الأجرة، فأنكر صاحبه، ولا بينة، وأخذ بقول صاحب الثوب.

والفرق: أن القصار مدع عقداً، والأصل عدمه، وبرائة ذمة صاحب الثوب.

وبهذا المعنى أخذ بقول الراكب، لأن المالك يدعي ما الأصل عدمه، وبرائة الذمة منه، وهو العقد^(١).

فصل

٢٧٧ - إذا أعاره أرضاً لغرس أو بناء مدة معلومة، وشرط عليه قلعه عند انقضائها، لم يغرم المعير نقص البناء والغرس بالقلع^(٢).

ولو لم يشترطه لم يلزمه حتى يضمن المعير قيمته، أو ما نقص بالقلع، سواء طالبه بالقلع بعد المدة، أو قبلها^(٣).

والفرق: أنه إذا شرط ذلك فقد قيد لفظ العارية بما يخالف العادة، فلزمه مقتضى اللفظ، وكلفناه قلعه ذلك، ولا غرم له.

بخلاف ما إذا لم يشترط القلع، فإنه يتقيد اللفظ بالعادة، والعادة تأيد الغرس والبناء، وليس في اللفظ ما يخالف ذلك، فإذا كلفه خلاف/ العادة كلف غرم [ب/٣٣] النقص، كما لو أعاره من غير توقيت، لأن التوقيت ليس صريحاً في القلع عند انقضاء المدة، لاحتمال أن يريد الأجرة بعد المدة، أو بيعها منه، فلهذا الاحتمال صار التوقيت وعدمه بيان^(٤).

فصل

٢٧٨ - يضمن الغاصب المغضوب بأكثر القيمتين: من قيمته يوم غصبه، ويوم تلفه^(٥).

وإذا تلفت العارية ضمنت بقيمتها يوم التلف^(٦).

(١) انظر: المغني (٢٣٥/٥)، الشرح الكبير (١٨٤/٣)، المبدع (١٤٨/٥)، كشاف القناع (٧٤/٤).

(٢) انظر: المغني (٢٣٢/٥)، المحرر (٣٦٠/١)، الفروع (٤٧١/٤)، غاية المنتهى (٢٢٥/٢).

(٣) انظر: الهداية (١٩٠/١)، الكافي (٣٨٤/٢)، المحرر (٣٦٠/١)، غاية المنتهى (٢٢٥/٢).

(٤) انظر: المغني (٢٣٢-٢٣١/٥)، الشرح الكبير (١٧٨/٣)، كشاف القناع (٦٧-٦٦/٤)، مطالب أولي النهى (٧٣٢/٣).

(٥) الشرح الكبير (٢٠٠-٢٠١، ٢١٤)، الإنصاف (١٥٥-١٥٧، ١٩٤-٢١٩)، منتهى الإرادات (٥١٢/١، ٥١٨).

(٦) انظر: الهداية (١٩٠/١)، المقنع (٢٢٨/٢)، المحرر (٣٦٠/١).

والفرق: أن المستعير غير معتد، لأنه قابض للعين بإذن المالك، فزيادتها ونقصها غير مضمون عليه مع بقاء عينها^(١).

بخلاف الغاصب، فإنه معتد بغصبه، فالتقصير مضمون عليه، لكونه تلف في يده العادية، فلذلك ضمن أكثر الأمرين^(٢).

فصل

٢٧٩ - إذا استعار دابة مدة فانقضت، ولم ينتفع بها بعد المدة، فعليه ضمانها.

ولو استأجرها مدة فانقضت، ولم ينتفع بعدها لم يضمن.

والفرق: أن العارية مضمونة بقبضها، فلا يبرأ إلا بردها، فإذا لم يردها حتى تلفت ضمنها، كالغاصب.

بخلاف المستأجر، فإن العين المؤجرة غير مضمونة، ولا يلزم ردها بعد انقضاء مدة الإجارة إلا بطلب المؤجر، ومؤنة الرد على المؤجر، فهي كالوديعة، فلذا لم يضمن فيما لم يتعد^(٣).

باب الغصب

فصل

٢٨٠ - إذا غصب ثوباً مصبوغاً قبله، فنقصت قيمته، وجب رده وأرش نقصه^(٤).

ولو غصب حنطة قبلها، فعقت عفونة غير متناهية، لزم الغاصب مثلها^(٥).

والفرق: أن فساد الثوب متناه، فلا يكون كالتالف.

بخلاف الحنطة، فإن فسادها غير متناه، لأنه يزيد حتى يتلفها، فجعلت كالتالفة في الحال^(٦).

(١) انظر: الكافي (٢/٣٨٢).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (١/٤١٥)، المغني (٥/٢٧٩)، الشرح الكبير (٣/٢١٤).

(٣) المغني (٥/٢٢٩، ٥٣٦)، الشرح الكبير (٣/٣٦٤)، كشاف القناع (٤/٧٣٠٤٦)، مطالب أولي النهى (٣/٦٩٧، ٧٤٥).

(٤) انظر: الهداية (١/١٩٣)، المقنع (٢/٢٤١)، المحرر (١/٣٦١)، الإمتاع (٢/٣٤٦).

(٥) انظر: الهداية (١/١٩٢)، المقنع (٢/٢٣٩)، الفروع وتصحيحه (٤/٥٠٤٠٣)، المبدع (٥/١٦٧)، الإمتاع (٢/٣٤٥)، منتهى الإرادات (١/٥١٣).

(٦) انظر: الكافي (٢/٣٨٩)، الإنصاف (٦/١٥٨).

فصل

٢٨١ - إذا غصب جارية ضمن منفعتها بالغصب .
ولا يضمن منافع بضعها حتى يتلفها^(١) .
والفرق: أن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب، بدليل: أنه لو زوجها مالكةا
بغير الغاصب صح، وإنما تضمن بالإتلاف، كالحر .
بخلاف بقية منافعها، لأنها تدخل تحت الغصب، بدليل: أنه لو أجزها مالكةا
من غير الغاصب لم يصح .

فصل

٢٨٢ - إذا اشترى أمتين، ففسرَى بإحدهما، وزوج الأخرى، فولدتا، ثم ظهر
أن بائعهما كان غاصباً لهما، أخذهما المالك، وأخذ أولاد المزوجة، وعوض أولاد
السرية من سيدها، ويرجع المشتري على الغاصب بما غرمه من عوض أولاده، لأنه
غره، ولا يرجع عليه ببقية أولاد المزوجة .
والفرق: أن أولاد/ المزوجة يتبعونها في الرق فحكمهم حكمها، والمشتري [١/٢٤]
التزم بالعقد ضمان الأم، فكذا أولادها، فإذا استحقوا لزم ضمانهم حتى يردهم إلى
مستحقهم كأهمهم، ولا يرجع المشتري على الغاصب إلا بما دفع إليه من الثمن .
وليس كذلك أولاده من السرية، لأنه لم يلتزم بالعقد ضمانهم، وإنما دخل على
أن يسلموا له، فإذا أدى عوضهم رجع به على الغاصب، لأنه غره^(٢) .

فصل

٢٨٣ - إذا اشترى أمة فاستولدها، ثم استحققت، فلما لكها أخذها ومهرها وقيمة
أولادها، ويرجع على الغاصب بقيمة الأولاد .
ولو اشترى الأب جارية ابنه وأولدها، ثم استحققت وأخذت مع قيمة الأولاد،
لم يرجع الأب على ابنه بما غرمه من قيمتهم .
والفرق: أن الابن لم يضمن بالعقد للأب سلامة الولد، فقد اغتر من غير
تغريب، فلا يرجع، كما لو رأى ضرع شاة كبيراً^(٣) فاشتراها، فإنه لا يكون حكمه

(١) انظر: المغني (٥/٢٩٢-٢٩٣)، الشرح الكبير (٣/٢١٨)، الفروع (٤/٤٩٥)، كشف القناع (٤/٧٦-٧٧) .

(٢) انظر: المقنع وحاشيته (٢/٢٤٢، ٢٤٥)، الشرح الكبير (٣/٢٠٨-٢١٠)، المبدع (٥/١٧٧-١٧٨)، كشف القناع (٤/٩٩-١٠٠) .

(٣) انظر: المغني (٤/١٥٨)، الشرح الكبير (٢/٣٧٤)، كشف القناع (٣/٢١٤) .

حكم المصراة^(١).

بخلاف المشتري، فإن البائع ضمن له بالعقد سلامته، فإذا لم يسلم رجع بما ضمنه على من غره.

قلت: قال الوالد: هذا الفصل مضطرب، لأن قوله في صدر الباب: ولو اشترى الأب جارية ابنه وهم منه، وصوابه: لو استولد الأب جارية ابنه. قال: وقد ذكرها على ما صوبه الكرابيسي في فروقه^(٢).

قال: وقوله في الفرق: إن الابن لم يضمن بالعقد للأب سلامة الولد غير صحيح، بل هو ضامن له ذلك، لكونه لا فرق بينه وبين الأجنبي في ذلك، وهذا ظاهر.

فصل

٢٨٤ - إذا غصب مثلياً^(٣) فأتلفه وأعوز مثله، لزمه قيمته يوم قبضها^(٤).

ولو غصب متقوماً^(٥) لزمه قيمته يوم التلف، أو أكثر الأمرين:

من يوم الغصب إلى يوم التلف على اختلاف الروايتين.

والفرق: أنه في الأولى إنما ثبت في ذمته المثل، فاعتبرت قيمته يوم أخذ العوض عنه، لأنه لو وجد لزمه ابتياعه مهما كان^(٦).

وفي الثانية، الواجب في ذمته القيمة لا غير، وقد استقر وقت التلف، فلا يعتبر بغير ذلك الوقت^(٧).

فصل

٢٨٥ - إذا غصب صاعين عصيراً قيمتهما دينار، فغلاهما حتى بقي منهما صاع

قيمته دينار فرده، لم يلزمه معه شيء آخر^(٨).

(١) انظر: المغني (٤/١٥٣-١٥٠)، المبدع (٤/٨٢)، الإمتاع (٢/٩٢-٩٣).

(٢) انظر: فروق الكرابيسي (٧/٢).

(٣) انظر: القاموس المحيط (٤/٤٨).

(٤) انظر: الهداية (١/١٩٢)، الكافي (٢/٤٠٣)، المحرر (١/٣٦١)، الإنصاف (٦/١٩١)، الإمتاع (٢/٣٥٠).

(٥) انظر: المصباح المنير (٢/٥٢٠).

(٦) انظر: الكافي (٢/٤٠٣)، المغني (٥/٢٨٠)، الشرح الكبير (٣/٢١٣)، المبدع (٥/١٨١).

(٧) انظر: الكافي (٢/٤٠٤)، المغني (٥/٢٧٩)، الشرح الكبير (٣/٢١٤).

(٨) انظر: الكافي (٢/٣٩١)، المغني (٥/٢٥١)، الشرح الكبير (٣/٢٠٢)، الفروع (٤/٥٠٩)،

المبدع (٥/١٨٥)، الإنصاف (٦/٢٠١)، كشف القناع (٤/١١٠).

ولو كانا زيتاً، لزمه مع رده مثل الصاع التالف^(١).

ذكرهما في المجرد.

والفرق: أن الذاهب من العصير بغليانه هو الماء، لأن النار تذهب مائته، وتجمع حلاوته، والماء لا قيمة له.

بخلاف الزيت، فإنه لا ماء فيه، فالذاهب جزء/ منه، لأن النار لا تعقد أجزاءه [٢٤/ب] بل تتلفها، فيلزمه ضمان ذلك، كما لو أوقده في المصباح.

فصل

٢٨٦ - إذا غصب خشبة قبنى عليها، نقض بناؤه، وردت إلى مالكها^(٢).

ولو رفع بها سفينة لم تطلع وهي في اللجة^(٣) إذا خيف الغرق^(٤).

والفرق: أن البناء مؤبد، فلو لم يلزمه نقضه لردّها دخل الضرر على مالكها على الدوام، فإدخال الضرر على الغاصب أولى.

بخلاف الخشبة، فإنه يمكن الجمع بين المصلحتين بالتأخير إلى أن ترسي، لأن المدة في ذلك قصيرة^(٥).

فصل

٢٨٧ - إذا تعدى بالبناء على جدار جاره، فأقره الجار على تعديده، أو عفى عن مطالبته بهدمه، ثم عاد وطال به بذلك، فله المطالبة بنقض البناء.

ولو كان البناء بإذن الجار ثم رجع، لم يلزم الباني نقض البناء، ذكرهما القاضي في الأحكام السلطانية.

والفرق: أن الباني في الأولى متعد بيتائه، وإقرار الجار وعفوه لا يصيره مأذوناً فيه، كما لو أقر غريمه على المماثلة بدين، فإنه لا يسقط حقه من المطالبة، فكذا هنا.

(١) انظر: الكافي (٣٩١/٢)، المغني (٢٥١/٥)، الشرح الكبير (٢٠٣/٣)، كشاف القناع (١١٠/٤)، مطالب أولي النهى (٥٨/٤).

(٢) انظر: الهداية (١٩١/١)، الكافي (٤٠٠/٢)، المحرر (٣٦١/١)، الإمتاع (٣٣٩/٢).

(٣) انظر: لسان العرب (٣٥٤/٢)، القاموس المحيط (٢٠٥/١).

(٤) انظر: الهداية (١٩١/١)، الكافي (٤٠١/١)، المحرر (٣٦١/١)، الإمتاع (٣٤١/٢).

(٥) انظر: المغني (٢٨٦/٥)، الشرح الكبير (١٩٥/٣)، المبدع (١٥٥/٥)، كشاف القناع (٧٩/٤)، (٨٤).

بخلاف ما إذا ابتدأ البناء بإذن، فإنه غير متعدّ، بل مالك الحائط أباحه منافعه، وقد تقرر: أنه لا رجوع للمعير حتى ينقض البناء.

فصل

٢٨٨ - إذا اشترى أرضاً وزرعها وأخذ الزرع، ثم بانت مقصوبة، فلا شيء لمالكها في الزرع^(١).

ولو اشترى نخلاً فأثمرت، ثم استحققت، فالثمر لرب الأصل^(٢).
والفرق: أن ثمرة النخل متولدة من عينها، فكانت لمالكها^(٣).
بخلاف الزرع، فإنه مودع فيها، فلذا لا يستحقه رب الأرض^(٤).

فصل

٢٨٩ - إذا قال الغاصب: كان المغمصوب معيماً، فأنكر المالك ولا بينة، فالقول قول المالك.

ولو قال المالك: كانت الجارية كاتبة، فأنكر الغاصب، فالقول قوله.
والفرق: أن القول قول من يدعي الأصل إذا عدت البينة، والأصل السلامة، وعدم الكتابة^(٥).

فصل

٢٩٠ - إذا زرع الغاصب الأرض لم يكن لمالكها إجباره على قلعه، بل يخير: بين إبقائه بالأجرة، وبين أخذه بقيمته^(٦).

ولو غرسها أجبره على قلعه^(٧).
والفرق: أن الزرع لا تطول مدته، ولا يبقى، وفي قلعه تلفه.

(١) انظر: المغني (٢٥٣/٥)، الشرح الكبير (٢٩٢/٣)، الفروع (٤٩٩/٤).

(٢) المغني (٢٥٦/٥)، الشرح الكبير (٢٩١/٣)، المبدع (١٥٨/٥)، مطالب أولي النهى ((١٢/٤٠)).

(٣) المغني (٢٥٦/٥)، الشرح الكبير (٢٩١/٣)، المبدع (١٥٨/٥)، مطالب (١٢/٤).

(٤) المغني (٢٥٣/٥)، الشرح الكبير (١٩١/٣)، المبدع (١٥٥/٥)، كشف القناع (٨٠/٤).

(٥) المغني (٢٩٥/٥)، الشرح الكبير (٢٢٠/٣)، الإنصاف (٢١١/٦)، شرح منتهى الإرادات (٢/٤٢٣).

(٦) انظر: الهداية (١٩٥/١)، المقنع (٢٣٤/٢)، المحرر (٣٦١/١)، الروض المربع (٢٢٢/٢).

(٧) انظر: المغني (٢٤٢/٥)، المحرر (٣٦١/١)، الفروع (٤٩٨/٤)، الروض المربع (٢٢٢/٢).

بخلاف الغرس، فإنه يبقى، فيضر دوامه برب الأرض^(١).

فصل

٢٩١ - إذا غصب عبداً صغيراً فقتل عنده قتيلاً، فرده على مالكة، ففداه، أو دفعه في الدية، رجع السيد على الغاصب بالأقل: من قيمته، أو أرش الجناية^(٢).

ولو غصب صبيّاً حراً فقتل/ عنده قتيلاً، لم يضمن شيئاً^(٣). [١/٣٥]
والفرق: أن العبد في ضمان الغاصب، بدليل: أنه لو مات لزمه ضمانه، وجناية المغصوب مضمونة على غاصبه، فلذلك رجع السيد بها على الغاصب^(٤).
بخلاف الصبي الحر، فإنه لا يصح غصبه، ولا يدخل في ضمان الغاصب، بدليل: أنه لو مات لم يضمنه، فلا يلزمه أرش جنايته.

فصل

٢٩٢ - إذا غصب عبداً فزادت قيمته لسمن أو تعلم صنعة، ثم هزل أو نسي الصنعة، فعاد إلى قيمته الأولى، فالزيادة مضمونة على الغاصب.

ولو زادت قيمته لتغير الأسواق، ثم نقصت حتى عادت إلى قيمته الأولى، لم يضمن تلك الزيادة^(٥).

والفرق: أن الزيادة في الأولى عين أو صفة قائمة بالمغصوب، يملكها السيد، كما يملك العين.

بخلاف الثانية، فإن الزيادة لا تعلق لها بالعين المغصوبة، والسيد لا يملكها، فلهذا لا يضمنها الغاصب^(٦).

فصل

٢٩٣ - لا تضمن زيادة السعر مع بقاء العين.

وتعتبر مع تلف العين.

(١) انظر: المغني (٢٥٤/٥)، الشرح الكبير (١٩١/٣)، المبدع (١٥٦/٥)، كشاف القناع (٨٠/٤).

(٢) انظر: المغني (٢٩٧/٥)، الشرح الكبير (٢٠٣/٣)، الإنصاف (١٦/٦)، الإمتاع (٣٤٥/٢).

(٣) انظر: الكافي (٤٠٩/٢)، الفروع (٤٩٥/٤)، الإمتاع (٣٣٨/٢).

(٤) انظر: المغني (٢٩٧/٥)، الشرح الكبير (٢٠٣/٣)، كشاف القناع (٩٣/٤).

(٥) انظر: الهداية (١٩١-١٩٢)، المقنع (٢٣٨-٢٣٩)، الإمتاع (٣٤٥/٢)، شرح منتهى الإرادات (٤٠٨/٢).

(٦) انظر: المغني (٢٥٨-٢٦١)، الشرح الكبير (٢٠١-٢٠٢)، المبدع (١٦٥-١٦٦)، كشاف القناع (٩٢-٩١/٤).

والفرق: أن مع بقاء العين يجب ردها، لا قيمتها، فلا أثر لزيادة القيمة ولا نقصها.

بخلاف ما إذا تلفت العين، فإن الواجب أداء القيمة، فتعتبر أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، كما لو تلفت العين حال علو قيمتها.

فصل

٢٩٤ - إذا غصب عبداً قيمته مائة فخصاه، فصارت قيمته مائتين فرده، لزمه مع رده مائة، وهي قيمته وقت الغصب لأجل الخصاء.

ولو غصب جارية مفرطة في السمن، قيمتها مائة فترشقت، فصارت قيمتها مائتين فردها، لم يلزمه شيء^(١).

والفرق: أن الفأث في مسألة العبد يضمن بالمقدر من الحر، لا بالتقويم، فلذلك لم يعتبر قيمته.

بخلاف الفأث من الجارية، لأنه يضمن بما ينقص من المالية، ولم تنقص ماليته بذلك، فلذلك لم يلزمه شيء^(٢).

فصل

٢٩٥ - إذا غصب ثوباً فباعه، فقطعه المشتري، وهو جاهل بالغصب، فضمن أرش القطع عليه، دون الغاصب، فإذا غرمه لم يرجع على الغاصب^(٣).

ولو دفع القصار الثوب إلى غير مالكة فقطعه، فضمن أرش قطعه على القصار، دون القاطع، فلو غرمه رجع به على القصار^(٤).

والفرق: أن المشتري دخل على أن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا خرج مستحقاً بعد تلفه تلزمه قيمته لمالكة، ولا يرجع بها على الغاصب، بل بما دفعه إليه من الثمن^(٥).

(١) انظر: المقنع (١/٢٣٨-٢٣٩)، الكافي (٢/٣٩١)، الفروع (٤/٥٠٣-٥٠٤)، الإمتاع (٢/٣٤٥).

(٢) انظر: الكافي (٢/٣٩١)، المغني (٥/٢٥١)، الشرح الكبير (٣/٢٠٣)، كشاف القناع (٤/٩٢-٩١).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٣/٣٠٩)، كشاف القناع (٤/٩٩-١٠٠).

(٤) انظر: المغني (٥/٥٣٥)، الفروع (٤/٤٥١)، الإنصاف (٦/٧٨). وقد نصت هذه المصادر وغيرها بأن على القاطع أرش النقص وزادت المصادر: الإمتاع (٢/٣١٤)، منتهى الإرادات (١/٤٩٣)، غاية المنتهى (٢/٢١١).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٣/٢٠٩)، المبدع (٥/١٧٥)، كشاف القناع (٤/١٠٠)، مطالب أولي النهى (٤/٣٨).

بخلاف مسألة القصار، فإن القاطع دخل على أنه متصرف في ملكه، فإذا بان تصرفه في غير ملكه رجع بما غرمه من الأرض على من غره^(١).

فصل

٢٩٦ - إذا حلّ زقاً فيه سمن جامد، فسال بالشمس ضمنه^(٢).
ولو كان مائعاً فبقي بعد حله قاعداً، فرمته الريح لم يضمه^(٣).
والفرق: أن خروجه بعد ذوبه هو بسبب حلّ الزق، لأنه لم يحدث بعد حله مباشرة من غيره، فضمنه.

بخلاف ما إذا رمت ريح، لأن الريح لها فعل، فهو كما لو حركه إنسان فقلبه، والدليل على أن للريح فعلاً: أن إنساناً لو حفر بئراً متعدياً، فرمت فيها الريح مال إنسان فقتل لم يضمه الحافر، لأن الحفر سبب، وفعل الريح مباشرة، فهو كما لو دفعه إنسان فرماه فيها، فإنه يسقط حكم السبب مع المباشرة^(٤).

فصل

٢٩٧ - إذا أخرج جناحاً إلى ملك غيره، أو إلى الطريق، فطالبه الجار، أو بعض مستحقي الاستطراق بإزالته، وأشهد بذلك، فباع المتعدي ملكه، فوقع الجناح، فأتلف مالاً، لزمه ضمانه^(٥).
ولو بنى حائطاً مستقيماً، فمال إلى ملك جاره، فطالبه بنقضه، وأشهد بذلك، فباع الباني داره، فسقط حائطه فأتلف مالاً، لم يضمه البائع^(٦).
والفرق: أن الجناح حصل بفعله، فإذا باع بعد الإشهاد فالجناية حاصلة بما كان منه، فلزمه الضمان^(٧).

بخلاف المسألة الثانية، فإن ميل الحائط غير منسوب إلى صاحبه، فإذا طوّل

-
- (١) انظر: كشاف القناع (٣٤/٤)، شرح منتهى الإرادات (٣٧٨/٢)، مطالب أولي النهى (٦٨٠/٣).
(٢) انظر: الهداية (١٩٦/١)، الكافي (٤١٢/٢)، الإمتاع (٣٥٤/٢)، الروض المربع (٢٢٥/٢).
(٣) انظر: الكافي (٤١٢/٢)، الشرح الكبير (٢٢١/٣)، الإنصاف (٢٢٠/٦)، الإمتاع (٢٥٤/٢)، منتهى الإرادات (٥٢١/١).
(٤) انظر: المغني (٣٠٤/٥)، الشرح الكبير (٢٢١/٣)، المبدع (١٩١/٥).
(٥) انظر: الفروع (٥٢١/٤)، الإنصاف (٢٣١/٦)، الإمتاع (٣٥٨/٢).
(٦) انظر: الشرح الكبير (٢٢٩/٣)، الإنصاف (٢٣١/٦)، غاية المتهى (٢٤٦/٢).
(٧) انظر: كشاف القناع (١٢٤/٤)، مطالب أولي النهى (٨٣/٤).

بإزالته فإنما يلزمه على وجه ممكن، وبعد البيع لا يمكن، لأنه قد صار ملك غيره، فلذلك لم يضمن^(١).

فصل

٢٩٨ - إذا اشترى عبداً فأعتقه، فادعى إنسان: أنه عبده، فصدقه البائع والمشتري، لم يقبل قولهم على العبد، ولم يحكم برقه.
ولو مات العبد وخلف مالا، ولا وارث له من النسب، حكمنا بماله للمدعي.
والفرق: أنا لو قبلنا قولهم: إن العبد ملك للمدعي، لسقط حق العبد من الحرية، وقولهم غير مقبول عليه، لأنهم متهمون في ذلك.
وإنما حكمنا بماله للمدعي، لأن معتقه لا يدعي الولاء ولا الميراث، وفي الظاهر هو المستحق له، فإذا اعترف به لغيره قبل قوله في ذلك^(٢).

باب الشفعة

فصل

٢٩٩ - إذا باع المشتري الشقص^(٣) المشفوع، نقض الشفع، وأخذ بالشفعة^(٤).
ولو باع الولد ما وهبه/ له أبوه، لم يكن للأب نقض البيع والرجوع في الهبة^(٥).

[١/٣١]

والفرق: أن الواهب سلط الموهوب له على التصرف في الموهوب، فلم يكن له نقضه بعد ذلك.

بخلاف الشفع، فإنه لم يسلط المشتري على التصرف، بل تصرف بغير إذنه، وحقه مقدم على حق المشتري، فكان له نقضه، كما لو باع ملكه بغير إذنه^(٦).

- (١) انظر: الشرح الكبير (٢٢٦/٣)، المبدع (١٩٦/٥)، كشاف القناع (١٢٤/٤).
- (٢) المغني (٢٩٦-٢٩٧/٥)، الشرح الكبير (٢١٢/٣)، المبدع (١٨٠/٥)، مطالب أولي النهى (٤/٥٠).
- (٣) الشقص لغة: بكسر الشين، القطعة من الأرض، والجزء من الشيء يجمع على أشقاص والشقيص الشريك. انظر: لسان العرب (١٨/٧).
- (٤) وله الخيار بالأخذ بأي ثمن البيتين شاء. انظر: الهداية (١٩٩/١)، المقنع (٢٦٨/٢)، المحرر (١/٣٦٦)، منتهى الإرادات (٥٣١/١).
- (٥) انظر: الهداية (٢١٢/١)، الكافي (٤٧٠/٢)، الإنصاف (١٤٦/٧)، منتهى الإرادات (٢٧/٢).
- (٦) فروق الكرابيسي (١١٨-١١٧/٢).

فصل

٣٠٠ - إذا اشترى شقصاً مشفوعاً، فقبل أن يؤخذ بالشفعة تلف بعضه بفعل آدمي، أخذ الباقي بقسطه من الثمن.
ولو تلف بفعل الله، أخذ الباقي بكل الثمن^(١). عند ابن حامد.
والفرق: أنه إذا كان المتلف آدمياً، رجع المشتري عليه ببدل التالف.
بخلاف فعل الله تعالى، فإن المشتري لا يحصل له في مقابلة التلف شيء،
فيأخذ الشفيع كل الثمن، أو يترك، لإزالة الضرر عنه^(٢).

فصل

٣٠١ - إذا باع شقصين من دارين، فللشفيع أن يأخذ أحدهما، ويترك الآخر^(٣).
وإن كانت دار بين ثلاثة، فباع أحدهم حصته، وعفى أحد الآخرين عن شفيعته
لم يكن للآخر إلا أخذ الكل أو الترك^(٤).
والفرق: أن الشقصين في دارين لكل منهما حكم مفرد، لا يلزم من ترك
أحدهما ترك الآخر، كما لو كان الشفيع فيهما اثنين^(٥).
بخلاف الثانية، فإن الدار لها حكم واحد، بدليل: أنه لو كان الشفيع واحداً لم
يكن له إلا أخذ الكل أو الترك، فكذا ما نحن فيه^(٦).

فصل

٣٠٢ - إذا كانت دار لثلاثة: اشترى أحدهم نصيب آخر منهم، كان المبيع بين
المشتري والشريك نصفين، فإن عفى الشريك للمشتري صح، وإن عفى المشتري لم
يصح.
والفرق: أن المشتري ملك ما اشتراه بالشراء، فلم يزل ملكه عنه بالعفو.

-
- (١) انظر: الهداية (٢٠٠/١)، الكافي (٤٣١/٢)، الإنصاف (٢٨٢/٦)، الإمتاع (٣٧١/٢).
(٢) انظر: المغني (٣٤٧/٥)، الشرح الكبير (٢٥٣/٣)، المبدع (٢١٦/٥).
(٣) انظر: الهداية (٢٠٠/١)، المقنع (٢٦٦/٢)، المحرر (٣٦٦/١)، الروض المربع (٢٢٧/٢).
(٤) انظر: المغني (٣٦٦/٥)، وقال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا
الإنصاف (٣٧٠/٢).
(٥) انظر: الكافي (٤٢٢/٢)، المغني (٣٥١/٥)، الشرح الكبير (٢٥٣/٣)، كشف القناع (١٥٠/٤).
(٦) انظر: المغني (٣٦٦/٥)، الشرح الكبير (٢٤٨/٣)، المبدع (٢١٤/٥)، كشف القناع (١٤٨/٤).

والشريك شفع لم يملك نصيباً من المبيع وإنما ملك أن يملك، فزال بالعفو^(١).

فصل

٣٠٣ - إذا أسقط الشفع حقه من الشفعة قبل البيع لم يسقط^(٢).
ولو أسقط المشتري حقه من أرش المعيب ورضي به سقط^(٣).
والفرق: أن الشفع إنما يستحق بعد البيع، فإسقاطه قبله إسقاط حق لم يثبت له، فلم يؤثر، كإجازة الورثة قبل الموت^(٤).
بخلاف الثانية، فإن المشتري إنما يملك الرد بتقدير الجهل بالمعيب، أما مع علمه ولرضا فلا^(٥).

فصل

٣٠٤ - إذا صالح المشتري الشفع على ترك الشفعة بعوض لم يصح.
ولو صالح على ترك القصاص بعوض صح.
قلت: وهذه المسألة تقدمت في كتاب/ الصلح. [ب/٣١]

فصل

٣٠٥ - دار لثلاثة، باع اثنان منهم نصيبهما من اثنين في حالة واحدة، فللشفيع أخذ الجميع، وله العفو عن أحدهما، وأخذ الآخر^(٦).
ولو كان البيعان في زمانين، وعفى عن الأول لم يختص بالثاني، بل يشترك فيه هو والمشتري الأول^(٧).

(١) انظر: المغني (٣٦٦/٥)، الشرح الكبير (٢٥٠/٣)، المبدع (٢١٤/٥)، مطالب أولي النهى (٤/١٢٢).

(٢) انظر: الهداية (١٩٩/١)، المقنع (٢٦٢/٢)، الفروع (٥٤١/٤)، الإمتاع (٣٨٦/٢).

(٣) انظر: الهداية (١٤٢/١)، الكافي (٨٤/٢)، الشرح الكبير (٣٧٩/٢)، والروض المربع (٢/١٧٥).

(٤) انظر: المغني (٣٨٠/٥)، الشرح الكبير (٢٤٤/٣)، المبدع (٢١٢/٥)، كشاف القناع (١٤٥/٤).

(٥) انظر: الكافي (٨٤/٢)، الشرح الكبير (٣٧٩/٢)، المبدع (٨٨/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢/١٧٦).

(٦) انظر: المبدع (٢١٦/٥)، الإنصاف (٢٨١/٦)، الإمتاع (٣٧١/٢).

(٧) انظر: المقنع (٢٦٤/٢)، الفروع وتصحيحه (٤٥٦/٤)، غاية لمتهى (٢٥٥/٢).

والفرق: أن الشفعة تجب بالشركة الموجودة حال البيع، وفي الأولى لم يكن أحد من المشتريين شريكاً حال البيع، فلهذا استقل الشريك بالشقصين إن شاء، وتركهما إن شاء.

بخلاف الثانية، فإن المشتري الأول كان شريكاً حين الشراء الثاني، فشارك في الشفعة^(١).

فصل

٣٠٦ - إذا أقر مالك الشقص المشفوع أنه باعه من فلان، فأنكر فلان، وجبت الشفعة^(٢).

ولو أشار إلى عبده وهو أكبر سنأ منه، وقال: هذا ابني لم يعتق^(٣).
والفرق: أنه يستحيل أن يكون صادقاً في كونه ابنه، فلما استحال السبب تحقق بطلانه، فلذا لم يعتق^(٤).

بخلاف إقرار البائع، لأنه يحتمل أن يكون صادقاً، فلزمه حكم إقراره^(٥).
قلت: فإن قيل: فما وجه الشبه بين هاتين المسألتين؟ ليجتاح إلى الفرق في المعنى.

فالجواب: أنه لما كان البيع في مسألة الشفعة هو سببها، وقد تبين أنه لم يوجد، وقد رتب عليه مقتضى وهو الشفعة، فكان ينبغي أن تكون مسألة العتق كذلك، فيحكم بعتق العبد، مع أن سببه وهو كونه ابناً للمعتق غير موجود، فمن هنا اشتبهها، وحصل الفرق بما ذكرنا.

كتاب المساقاة

فصل

٣٠٧ - إذا شرط في عقد المساقاة أن تكون أجرة الأجراء الذين يستعين بهم العامل من الثمرة وسطاً، لم يصح^(٦).

(١) انظر: الشرح الكبير (٣/٢٥٠)، مطالب أولي النهي (٤/١٢٣).

(٢) انظر: الكافي (٢/٤٢٨)، المحرر (١/٣٦٧)، الإنصاف (٦/٣٠٩)، الروض المربع (٢/٢٢٩).

(٣) انظر: الهداية (١/٢٣٥)، المقنع (٢/٤٧٨)، المحرر (٢/٣)، الإمتاع (٣/١٣٢).

(٤) انظر: المغني (٩/٣٣٢)، الشرح الكبير (٦/٣٥٠)، مطالب أولي النهي (٤/٦٩٦).

(٥) انظر: المغني (٥/٣٢٣)، الشرح الكبير (٣/٢٧١)، كشف القناع (٤/١٦٣).

(٦) انظر: المغني (٥/٤٠٤)، الشرح الكبير (٣/٢٨٨)، الإمتاع (٢/٢٧٨).

ولو شرطاً في عقد المضاربة أن تكون أجرة الكيال والنقل من مال المضاربة،
صح^(١).

والفرق: أنه في المضاربة لم تجر العادة بتولي المضارب لذلك، فكانت أجرة
من يعملها من المال.

بخلاف المساقاة، فإن وضعها أن يكون المال من رب المال، والعمل من
العامل، فإذا شرط ما ذكرنا وسطاً فقد شرط بعضها على رب المال، فيصير عليه مال
وعمل، وذلك لا يصح^(٢).

فصل

٣٠٨ - إذا قال: ساقيتك على هذا البستان بالنصف، على أن أساقيك الآخر
بالثلث، لم يصح فيهما^(٣).

ولو ساقاه عليهما، وعين الحصة فيهما صح^(٤).

والفرق: أنه في الأولى شرط عقداً في عقد، فلم يصح، كالبيع.

بخلاف الثانية، فإنه عقد واحد لا شرط فيه، وإنما بين الحصص فيهما، كما لو
باع شيئين مختلفي الثمن، فإنه يصح، كذا هنا^(٥).

فصل

٣٠٩ - بقر الدولاب^(٦) على رب الأرض.

[١/٣٧]

وبقر الحرث على العامل^(٧).

والفرق: أن رب الأرض يجب عليه حفظ الأصل، كسدّ الحيطان، وإنشاء
الدولاب وآلته، فكان عليه ما يديره.

بخلاف بقر الحرث، فإنها من جملة العمل، والعمل على الأكار^{(٨)(٩)}.

(١) انظر: الهداية (١/١٧٥)، الكافي (٢/٢٧٢)، المحرر (١/٣٥٢)، الإمتاع (٢/٢٥٧).

(٢) انظر: المغني (٥/٤٠٤)، الشرح الكبير (٣/٢٨٨).

(٣) انظر: الهداية (١/١٧٩)، المقنع (٢/١٩١)، الفروع (٤/٤١٥)، الإمتاع (٢/٢٠٨).

(٤) انظر: الكافي (٢/٢٩٣)، المغني (٥/٣٩٦)، الشرح الكبير (٣/٢٨٣).

(٥) انظر: المغني (٥/٣٩٦)، الشرح الكبير (٣/٢٨٣).

(٦) انظر: القاموس المحيط (١/٦٦)، المعجم الوسيط (١/٣٠٥).

(٧) انظر: الكافي (٢/٢٩٤)، المحرر (١/٣٥٥)، الإمتاع (٢/٢٧٨)، الروض المربع (٢/٢١٣).

(٨) انظر: القاموس المحيط (١/٣٦٥)، المصباح المنير (١/١٧).

(٩) انظر: المغني (٥/٤٠١)، الشرح (٣/٢٨٧)، المبدع (٥/٥٣)، كشاف القناع (٣/٥٤٠).

فصل

٣١٠ - إذا أخذ رب البذر مثل بذره، وقسما الباقي لم يصح^(١).

وفي المضاربة يأخذ رب المال رأس المال، ويقتسمان الباقي^(٢).

والفرق: أن العامل في المزارعة يستقر ملكه على حصته من الزرع منذ ظهوره، بدليل: أنه لو تلف منه مهما تلف كان الباقي بينهما، وبدليل: وجوب زكاته قبل القسمة^(٣)، وإذا كان كذلك لم يكن لرب المال أن ينفرد منه بمثل بذره ولا بشيء منه.

بخلاف المضاربة، فإن العامل لا يملك فيها شيئاً إلا بعد القسمة^(٤)، بدليل: أنه لا يلزمه زكاته^(٥) ويجبر الربح ما تلف من رأس المال، وإذا لم يملك فيها شيئاً فهو باق على ملك مالكة، بدليل: أنه تلزمه زكاته^(٦)، فاختص بملكه دون المضارب، فافترقا.

قلت: وذكر لي شيخنا أبو إسحاق الدمشقي فرقاً بين هاتين، وهو: أن البذر في المزارعة يستهلك في الأرض بحيث لا يرجع منه إلى شيء، ثم ينشئ الله تعالى منه بعد استهلاكه في الأرض عيناً أخرى، وهي التي تقع فيها القسمة بين رب المال والعامل، فالبذر وإن كان سبباً في خروج الخارج لكنه استهلك، كما أن عمل العامل جزء وسبب خروج الزرع وقد استهلك، فقد تساوى رب المال والعامل في أن ما كان متهما لم يبق له صورة في الخارج، فلذلك تساويا، ولم يجز لأحدهما أن يختص على الآخر.

وهذا بخلاف المضاربة، فإن مال رب المال غير مستهلك، بل هو باق لم يتغير، بحيث أي وقت طلب قدر العامل على تنضيضه^(٧)، فلذلك يختص به صاحبه، وما ربح كان لهما.

(١) ويأخذ رب البذر الزرع كله، لأنه عين ماله، وعليه للعامل أجره مثله. انظر: الكافي (٢/٢٩٧)، المحرر (١/٣٥٥)، منتهى الإرادات (١/٤٧٤).

(٢) انظر: الكافي (٢/٢٧٨)، الإمتاع (٢/٢٦٥)، منتهى الإرادات (١/٤٦٣).

(٣) انظر: المغني (٥/٤١١)، الشرح الكبير (٣/٢٨٩)، المبدع (٥/٥٤).

(٤) انظر: الكافي (٢/٢٨٠)، المحرر (١/٣٥٢)، الإنصاف (٥/٤٤٥)، منتهى الإرادات (١/٤٦٤).

(٥) انظر: الكافي (١/٢٧٩)، الشرح الكبير (١/٥٩٥)، الإنصاف (٣/١٦)، الإمتاع (٢/٢٤٣).

(٦) انظر: المغني (٣/٣٩٤)، الفروع (٢/٣٣٨)، الإنصاف (٣/١٧)، كشف القناع (٢/١٧١).

(٧) انظر: المصباح المنير (٢/٦١٠)، القاموس المحيط (٢/٣٤٥).

كتاب الإجارة

فصل

٣١١ - إذا استأجر أرضاً للزراعة فغرقت، وتلف زرعه، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة^(١).

ولو تلف الزرع بحريق أو جراد، لم تنفسخ^(٢).
والفرق: أن ما تلف به الزرع في الأولى أتلف المعقود عليه أيضاً، فانفسخت لذلك.

بخلاف الثانية، فإن المعقود عليه لم يتلف، والمؤجر لا يضمن سلامة الزرع للمستأجر^(٣).

فصل

٣١٢ - لا يضمن الأجير الخاص، وهو المقدر نفعه في الزمن، ما تلف بفعله، ويضمن الأجير المشترك، وهو المقدر نفعه بالعمل، ما تلف بفعله^(٤).

والفرق: أن الأجير الخاص يراد منه عمل في مدة، فيقع ذلك على السليم والمعيب، فإذا قصر ثوباً فخرقه، فالدق المخرق داخل تحت العقد، فيشتمل عليه الإذن، فلذلك لم يلزمه ضمان.

[ب] بخلاف المشترك فإنه مستأجر لعمل في الذمة، فلا يقع إلا على السليم فيكون العمل المفسد واقعاً بغير إذن، فيوجب الضمان^(٥).

فصل

٣١٣ - إذا استأجر أجيراً مشتركاً - وقد ذكرناه - فعمل في بيت المستأجر، فتلف العمل بعد فراغه فله الأجرة^(٦).

-
- (١) انظر: المغني (٤٨٧/٥)، الفروع (٤٤٧/٤)، الإنصاف (٦٣/٦)، الإمتاع (٣١١/٢).
(٢) انظر: المغني (٤٨٧/٥)، الفروع (٤٤٧/٤)، الإنصاف (٦٣/٦)، الإمتاع (٣١١/٢).
(٣) انظر: المغني (٤٨٨/٥)، الشرح الكبير (٣٣٩/٣)، مطالب أولي النهى (٦٧١/٣).
(٤) انظر: المقنع (٢١٦/٦)، المحرر (٣٥٨/١)، الفروع (٤٤٩-٤٥٠)، منتهى (٤٩٣-٤٩٢).
(٥) انظر: المغني (٥٢٥/٥)، الشرح الكبير (٣٦٠/٣)، كشاف القناع (٣٣/٤).
(٦) انظر: المغني (٥٣٤/٥)، الفروع (٤٥٠/٤)، المبدع (١١٠/١٥)، الإنصاف (٧٤-٧٣/٦)، كشاف القناع (٣٤/٤).

وإن كان العمل في غير بيت المستاجر فتلّف، فلا أجر له^(١).
والفرق: أن العمل إذا كان في بيت المستاجر فإنه يتسلم العمل حالاً فحالاً،
فبيراً منه، ويستحق أجرته، كما لو كان التلّف بعد سنتين.
بخلاف ما إذا كان العمل في غير بيت المستاجر، فإنه ليس في يده، فلا يكون
الأجير مسلماً للعمل أولاً فاولاً، ولا بييراً إلا بتسليم العمل إلى المستاجر^(٢).

فصل

٣١٤ - إذا استاجر عبداً فمات، انفسخت الإجارة فيما بقي^(٣).
ولو استاجر داراً فانهدمت، لم تنفسخ الإجارة، بل يثبت للمستاجر خيار
الفسخ، في أصح الوجهين^(٤).
والفرق: أنه بموت العبد تلتفت العين المؤجرة، فبطلت الإجارة^(٥).
بخلاف الدار، فإن عرصتها قائمة ينتفع بها، وإنما انهدامها عيب، فثبت له
خيار الفسخ، ولم تنفسخ^(٦).

فصل

٣١٥ - إذا استاجر دابة بعينها ليركبها مسافة معلومة، فله أن يركبها مثله^(٧).
ولو أراد المؤجر أن يركبه دابة غيرها لم يكن له ذلك^(٨).
والفرق: أن المستاجر ملك منافع الدابة فله استيفائها بنفسه وبغيره،
كالدين^(٩).
بخلاف المسألة الثانية، فإن الذي ملك المستاجر منافعها هو الدابة المعينة، فلم
يلزمه أخذ غيرها، كما لو باعه دابة وأراد إبدالها، فإنه لا يلزمه، فكذلك هنا^(١٠).

-
- (١) انظر: المغني (٥/٥٣٤)، الفروع (٤/٤٥٠)، المبدع (١٥/١١٠)، الإحصاف (٦/٧٤٧٣)،
كشف القناع (٤/٣٤٤).
(٢) انظر: المغني (٥/٥٣٤)، المبدع (٥/١١٠)، كشف القناع (٤/٣٤٤).
(٣) انظر: الهداية (١/١٨٠)، المغني (٥/٤٥٣)، الشرح الكبير (٣/٣٥٢)، كشف القناع (٤/٢٧).
(٤) انظر: الكافي (٢/٣١٦)، الفروع (٤/٤٤٠)، الإحصاف (٦/٦٢)، الإمتاع (٢/٣١١).
(٥) انظر: المغني (٥/٤٥٣)، الشرح الكبير (٣/٣٥٢)، كشف القناع (٤/٢٧).
(٦) انظر: المبدع (٥/١٠٤).
(٧) انظر: الكافي (٢/٣٣٥)، المغني (٥/٤٧٧)، الشرح الكبير (٣/٢٣٦).
(٨) انظر: المغني (٥/٤٧٥)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨).
(٩) انظر: المغني (٥/٤٧٧)، الشرح الكبير (٣/٢٣٦).
(١٠) انظر: المغني (٥/٤٧٥)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨).

فصل

٣١٦ - إذا دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه، وكان يعرف بأخذ الأجرة على ذلك فله الأجرة، وإن لم يعقد معه عقداً، ولا ذكر له أجرة.
وإن لم يكن يعرف بذلك لم يستحق أجرة إلا بعقد، أو بشرط العوض أو تعريض به^(١).

والفرق: أنه إذا كان يعرف بأخذ الأجرة فشاهد الحال يقوم مقام التعريض بالأجرة.

بخلاف ما إذا لم يكن معروفاً بذلك، وليس هناك عقد، ولا تعريض، ولا شاهد، فلم تلزمه الأجرة، كما لو قال ليزاز^(٢): «عطني رطلاً خبزاً، فأعطاه، فإنه لا يلزمه ثمته، كذا ها هنا»^(٣).

فصل

٣١٧ - العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر لا يضمنها بالقبض^(٤).
بخلاف العارية.

والفرق: أن المستأجرة قبضها لاستيفاء منفعة مستحقة، فكانت أمانة، كما لو أوصى له بخدمة عبد مدة سنة، فقبضه لاستيفاء خدمته.

بخلاف العارية، لأنه/ قبضها لاستيفاء نفع غير مستحق كالمفصولة^(٥). [II/٢٨]

فصل

٣١٨ - إذا استأجر راعياً يرعى له غنماً مدة معلومة، ولم يعين الغنم ولا عددها صح، وكان عليه أن يرعى ما جرت عادة الواحد برعيه، ولو تلف بعضها رعى بدلها، وإن بقيت منها شاة استحق جميع الأجرة برعيها، ويرعى سخالها على العرف والعادة.

ولو عيّن له الغنم المرعية انعكست هذه الأحكام^(٦).

(١) انظر: الهداية (١/١٨٤)، الإنصاف (٦/١٧)، الإمتاع (٢/٢٨٩)، متهى الإرادات (١/٤٧٨).

(٢) انظر: لسان العرب (٥/٣١١)، القاموس المحيط (٢/١٦٦).

(٣) انظر: المغني (٥/٥٦١)، الشرح الكبير (٣/٣٠٨)، المبدع (٥/٦٨).

(٤) انظر: الكافي (٢/٣٢٩)، المبدع (٥/١١٣)، كشف القناع (٤/٤٦).

(٥) انظر: المغني (٥/٥٣٥)، الشرح الكبير (٣/٣٦٣).

(٦) انظر: المغني (٥/٤٤٥)، الشرح الكبير (٣/٣٦٢)، الإنصاف (٦/٧٦)، كشف القناع (٤/٣٦).

والفرق: أنه في الأولى استأجره مطلقاً، فحمل على العرف، فلهذا كان عليه ما جرى العرف به^(١).

بخلاف ما إذا عيّن الغنم، فإن العقد يتناولها وحدها بأعيانها، فلم يلزمه أن يرعى سواها، ولا يستبدل بها، كما لا يجوز أن يستبدل بالأجير^(٢).

فصل

٣١٩ - إذا استأجره لحمل الخمر للشرب لم يصح.

ولو كان للإراقة صح^(٣).

والفرق: أن حملها للشرب حرام، بدليل: أن النبي ﷺ «لعن حاملها، والمحمولة إليه، كما لعن شاربها»، متفق عليه. والإجارة لتفع محرم لا تصح. بخلاف الثانية، فإن العمل فيها مباح، كحمل الميتة لنبتها^(٤).

فصل

٣٢٠ - إذا أجز المسلم نفسه من الذمي للخدمة لم يصح.

ولغيرها يجوز^(٥).

والفرق: أنه في الأولى مذلة للمسلم، كبيعته منه.

ولا مذلة في الثاني، كعقد بيع منه^(٦).

فصل

٣٢١ - إذا أذن المؤجر للمستأجر أن يعمر في الدار المؤجرة شيئاً عيّنه،

ويحتسب له به من أجرة الدار ففعل جاز، وبرىء المستأجر مما أنفق على الدار.

[ولو قال صاحب الدار لمدينه: اشتر بمالي عليك كذا، ففعل لم يبرأ بذلك

من الدين.

(١) انظر: المغني (٥/٥٤٥)، الشرح الكبير (٣/٣٦٣).

(٢) انظر: المغني (٥/٥٤٤)، الشرح الكبير (٣/٣٦٢)، كشف القناع (٤/٣٦).

(٣) انظر: الكافي (٢/٣٠٢)، المحرر (١/٣٥٦)، الفروع (٤/٤٢٧)، منتهى الإرادات (١/٤٨٠).

(٤) انظر: المغني (٥/٥٥١)، الشرح الكبير (٣/٣١٤)، كشف القناع (٣/٥٥٩)، مطالب أولي النهى (٣/٦٠٧).

(٥) انظر: الكافي (٢/٣٠٤)، المحرر (١/٣٥٦)، الفروع (٤/٤٣٣)، منتهى الإرادات (١/٤٨٢).

(٦) انظر: المغني (٥/٥٥٤)، الشرح الكبير (٣/٣١٩)، كشف القناع (٣/٥٦٠)، مطالب أولي النهى (٣/٦١٥).

والفرق: [أن دار المؤجر في يده] حكماً، بدليل: نفوذ تصرفاته فيها، فكلما يتفق فيها فهو بمنزلة المقبوض [من أجرتها].

بخلاف الثانية[، فإن المدين إذا اشترى ما أمره رب الدين لا يكون قاضياً للدين، ولا موصلاً له إلى مستحقه]، فلو جاز ذلك لأفضى إلى أن الإنسان يبرئ نفسه [من دين لغيره، بفعل نفسه، وذلك لا يجوز].

فصل

٣٢٢ - [إذا] ظهر له في معدن عرق من أحد النقيدين، فقال: [لرجل استأجرتك على أن تستخرجه] بدينار لم يصح.

ولو قال: إن استخرجته فلك [دينار صح.

والفرق: أن الأولى عقد على إجارة، وهي لا تصح على عمل مجهول].
والثانية جعالة، فتصح مع جهالة [العمل، إذا كان العوض معلوماً]^(١).

فصل

٣٢٣ - إذا أجر أمته ثم باعها لآخر عقيب الإجارة، والمشتري/ عالم بالإجارة لم تنسخ، ولو فسخها كانت منفعة العين للبائع، دون المشتري.

ولو زوج أمته ثم باعها، وعلم المشتري بالتزويج لم يفسخ النكاح، فلو طلقت فمنفعة بضعها للمشتري، دون البائع.

والفرق: أن المستأجر يملك إيجارتها بأكثر مما استأجره، ولو غصبت كان له مطالبة الغاصب بأجرة المثل، فإذا بيعت بعد ذلك فقد بيعت مسلوقة النفع مدة الإجارة، فقد حصلت منافعتها مدة الإجارة للبائع واستحق الأجرة، فإذا فسخا الإجارة لزم البائع رد الإجارة، والأجرة على المستأجر لما بقي من المدة، وتعود المنافع إليه، لأنها حصلت مستثناة له على المشتري.

بخلاف منافع البضع، فإن الزوج لم يملكها بعقد النكاح، بدليل: أنها لو وطئت بشبهة كان مهرها لسيدها، [ولها إن كانت] حرة، دون الزوج، فدل على أن الزوج لا يملك منافع البضع، وإنما يملك أن ينتفع بها، وهي باقية على ملك سيدها، وإنما لم يطأها لكون الزوج مستحقاً لنفع بضعها، فلهذا امتنع من وطئها، كما يمنعه الحيض والإحرام منه^(٢).

(١) المغني (٥/٥٧٥)، الشرح الكبير (٣/٣٧٩).

(٢) انظر: المغني (٥/٤٧٤)، الشرح الكبير (٣/٣٥٨٣٥٧).

إذا تقرر هذا، فإذا باعها تناول عقد البيع الجارية ونفعها، فصارت المنافع ملكاً للمشتري، كما لو لم تكن مزوجة، فإذا طلقها الزوج زال المانع، واستباح الانتفاع ببضعها بسابق ملكه.

فصل

٣٢٤ - إذا استأجر داراً، ثم اشتراها لم تنفسخ الإجارة، فيستوفي المنافع بحكم الإجارة إلى أن تنقضي مدتها، ثم بحكم الملك^(١).

ولو تزوج أمة، ثم اشتراها، انفسخ النكاح، ووطئها بملك اليمين^(٢).

والفرق: أن المستأجر ملك بعقد الإجارة منافع العين، بدليل ما قدمنا فلم يرد عقد البيع عليها، لأنه باعها مسلوقة النفع مدة الإجارة، وإذا لم يرد عقد البيع عليها لم ينفسخ عقد الإجارة، كما لو باعها من غير المستأجر^(٣).

بخلاف ما إذا اشترى الزوج زوجته، فإن الزوج لم يملك بعقد النكاح منافع البضع، بدليل ما أسلفناه، وإنما هي لسيد الأمة، فإذا باعها تناولها عقد البيع ونفعها أيضاً. فينتفع بها الزوج بحق ملكه بالشراء، لأنه أقوى من ملكه للانتفاع بعقد الزوجية، فلذلك بطل ملكه للانتفاع بما هو أقوى منه، كالمستعير يشتري العين، فظهر الفرق.

فإن قيل: إن كان الزوج المشتري سلم إلى البائع/ نصف صداق الأمة، وكان الشراء قبل الدخول، فهل يرجع به عليه؟ قيل: لا، لأن المهر وجب بالعقد في مقابلة الحل والاستباحة للبضع، وذلك غير مقدر بزمان، فلا فرق فيه بين ساعة ومائة سنة، بلى: إن كان الزوج سلم جميع الصداق واشترى قبل الدخول رجع بنصفه، كما لو طلق، لأنه لا يلزمه بانفساخ النكاح قبل الدخول أكثر من نصف الصداق، ويرجع بالنصف الآخر، والله تعالى أعلم.

كتاب الوقف

فصل

٣٢٥ - إذا وقف على غير معين كرجل لم يصح^(٤).

(١) انظر: المغني (٤٧٣/٥)، الشرح الكبير (٣٥٧/٣)، الإنصاف (٦٩/٦)، كشاف القناع (٣١/٤).

(٢) انظر: المغني (٥٠٨/٦)، الشرح الكبير (٢٣٥/٤)، كشاف القناع (٨٨/٥).

(٣) انظر: المغني (٤٧٣/٥)، الشرح الكبير (٣٥٧/٣).

(٤) انظر: الهداية (٢٠٧/١)، الكافي (٤٥٠/٢)، المحرر (٣٦٩/١)، الإمتاع (٦/٣).

ولو قال: وقفت وسكت صح، وصرف في مصالح المسلمين^(١).
والفرق: أنه في الأولى جعل له مصرفاً مجهولاً، فلم يمكن اعتباره لجهالته،
ولا الصيرورة إلى غيره لمخالفة الواقف، فلذلك لم يصح.
بخلاف الثانية، فإننا قد علمنا: أن مقصوده بالوقف تحصيل الأجر، فصرفناه في
وجوه البر، ولا يتضمن مخالفة الواقف كالأول^(٢).

فصل

٣٢٦ - يجب التعديل في عطية الأقارب على حسب موارثهم.
ولا يجب ذلك في الوقف عليهم^(٣).
والفرق: أن الوقف ليس في معنى التملك، بدليل: أنه لا يملك التصرف في
رقبته بنقل.
بخلاف الهبة، فإنها تملك، فلهذا قلنا: يكون على الفريضة^(٤).

فصل

٣٢٧ - لا يصح الوقف على الحمل^(٥).
ولو وقف على ولده، وولد ولده، فمات ولده، وله حمل كان وقفاً عليه^(٦).
والفرق: أن من شرط صحة الوقف أن يكون على من يصح أن يملك،
والحمل لا يملك^(٧).
بخلاف الثانية، فإنه وقف على ولد موجود يتأتى منه التملك، وحصول الحمل
بالاستدامة لا يؤثر.

فصل

٣٢٨ - وهذه قاعدة كبيرة، وهي: أنه يغتفر في الاستدامة ما لا يغتفر في
الابتداء.

-
- (١) انظر: الهداية (٢٠٨/١)، الكافي (٤٥٢/٢)، الإنصاف (٣٤/٧)، الروض المربع (٢٣٩/٢).
(٢) انظر: كشاف القناع (٢٥٠/٤).
(٣) انظر: الهداية (٢١٢/١)، المحرر (٣٧٤/١)، الإنصاف (١٣٦-١٣٨/٧)، منتهى الإرادات (٢/٢٦).
(٤) انظر: المبدع (٣٧٤/٥).
(٥) انظر: الهداية (٢٠٧/١)، المقنع (٣١٣/٢)، الفروع (٥٨٤/٤)، الإقناع (٦/٣).
(٦) انظر: المغني (٦٠٨/٥)، القواعد لابن رجب ص ٣٩، المبدع (٣٢٢/٥)، الإنصاف (٢٢/٧).
(٧) انظر: المغني (٦٤٦/٥)، الشرح الكبير (٣٩٨/٣)، المبدع (٣٢٢/٥)، كشاف القناع (٢٤٩/٤).

بدليل: الطيب، والتزوج في الإحرام، يمنع ابتداءهما دون استدامتهما^(١)، وغير ذلك من المسائل.

فصل

٣٢٩ - إذا قال: وقفت على أولادي، ثم على أولادهم، ثم على أولادهم، وأولاد أولادهم، ترتب البطون الثلاثة، واشترك الباكون. ولو قال: على أولادي وأولادهم وأولاد أولادهم، ثم على أولادهم، ثم على أولادهم، اشترك الثلاثة الأول، وترتب الباكون. الفرق: أنه رتب في الأولى ابتداء، وشرك انتهاء. وعكس في الثانية، لأن ثم للترتيب، والواو للاشتراك^(٢).

فصل

٣٣٠ - إذا قال: وقفت على أولادي، ثم على ولد ولدي، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء، فإذا لم يبق من أولاد صلبه أحد ولا من أولادهم، وهم البطن الثاني، وانتقل إلى الفقراء، ولم ينتقل إلى ثالث بطن/ من ولده، ذكره في المجرد^(٣). [٣٩/ب]

ولو قال: وقفت على ولدي، ثم على ولد ولدي أبداً ما تعاقبوا أو تناسلوا، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء، لم ينتقل إلى الفقراء حتى لا يبقى من نسله أحد. والفرق: أن حقيقة الولد ولد الصلب، وولد ولده هو ولد ولده لصلبه، ففي الأولى جعله بعد هذين للفقراء، فعمل بقوله. وفي الثانية، لم يجعله للفقراء إلا بعد انقراض نسله، فلم ينتقل إليهم إلا بعد انقراض النسل^(٤).

فصل

٣٣١ - الوقف على غير معين كالفقراء، والمساجد، لا يفتقر إلى قبول. ولو كان على معين افتقر إلى القبول^(٥).

-
- (١) انظر: الكافي (١/٣٩١-٤٠٢)، الروض المربع (١/١٣٦، ١٣٩).
 (٢) انظر: الكافي (٢/٤٦)، المغني (٥/٦١١)، الشرح الكبير (٣/٤٠٨)، كشاف القناع (٤/٢٨٠).
 (٣) انظر: الكافي (٢/٤٥٧)، القواعد لابن رجب ص ٢٦، الإنصاف (٧/٧٥-٧٦)، كشاف القناع (٤/٢٨١).
 (٤) انظر: المغني (٥/٦٠٩)، الشرح الكبير (٣/٤٠٧)، القواعد لابن رجب ص ٣٢٦، الإنصاف (٧/٧٦).
 (٥) انظر: الكافي (٢/٤٥٥)، الشرح الكبير (٣/٣٩٩)، الفروع (٤/٥٨٩)، الإنصاف (٧/٢٦)، انتهى الإرادات (٦/٢٠).

والفرق: أنه في الأولى لا يبطل الوقف برد أحد من الموقوف عليهم، فلم يعتبر قبولهم.

وفي الثانية، يبطل برد الموقوف عليهم، فاعتبر قبولهم^(١)

فصل

٣٣٢ - إذا وقف أمة فحبلت وولدت، فولدها وقف معها.

ولو وقف شجرة فثمرتها ملك أهل الوقف، تؤكل وتباع^(٢).

والفرق: أن ولد الأمة يصح وقفه ابتداءً، فدخل في وقف أمه، لأنه جزء منها، فدخل كسائر أجزائها، ولأن الولد يتبع الأم، كولد المدبرة والمكاتبة^(٣).

بخلاف الثمرة، فإنها لا يصح وقفها ابتداءً، فلذلك لم تدخل في الوقف كغيرها من المأكولات:

باب الهبة

فصل

٣٣٣ - إذا أهدى الغائب شيئاً مع رسول، فمات المهدي أو المهدي إليه قبل وصولها بطل حكمها وعادت إلى المهدي، أو وارثه، وكذا الهبة. نص عليه.

ولو فقدت مع رسول المهدي إليه لم تبطل بموت أحدهما قبل وصولها، وكذا الهبة.

والفرق: أن رسول المهدي إليه قائم مقامه، فقبضه لها كقبض مرسله، فصار كما لو وصلت.

بخلاف ما إذا كان الرسول للمهدي، فإن قبضه ليس كقبض المهدي إليه، فلم تتم الهدية بشروطها، فتكون جائزة، بدليل: جواز الرجوع فيها قبل القبض، فتنسخ بموت أحدهما، كسائر العقود الجائزة^(٤).

قلت: وقد روت أم كلثوم بنت أبي سلمة رضي الله عنها قالت: لما تزوج

(١) انظر: المغني (٥/٦٠١)، الشرح الكبير (٣/٣٩٩)، المبدع (٥/٣٢٤)، كشف القناع.

(٢) انظر: الهداية (١/٢٠٩)، الكافي (٢/٤٥٦)، الإقناع (٣/٩٨)، متهى الإيرادات (٧/٢).

(٣) انظر: المغني (٥/٦٣٨)، الشرح الكبير (٣/٤٠٤)، المبدع (٥/٣٣١)، كشف القناع (٤/٢٥٧).

(٤) انظر: الإنصاف (٧/١٢٤)، كشف القناع (٤/٣٠٣)، مطالب أولي النهى (٤/٣٧٣).

رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني قد أهديت للنجاشي حلة، وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت عليّ فهي لك»، قالت: وكان كما قال رسول الله ﷺ، وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة. رواه الإمام أحمد^(١).

وهذا صريح في أن المهدى إليه إذا مات بطل/ حكمها.

[١/٤]

فصل

٣٣٤ - يقبل الأب الهبة لولده الصغير.
ولا تقبل الأم.
والفرق: أن الأب وليه، فيقبضها، كسائر أمواله.
بخلاف الأم، فإنها لا ولاية لها، كالأجنبي^(٢).

فصل

٣٣٥ - إذا أعمره داراً فقال: هي لك عمرك ونحوه، كانت له ولورثته بعده^(٣).
ولو أسكنه إياها، فقال: سكنها لك عمرك، فله أخذها متى شاء^(٤).
والفرق: أن العمرى تملك لرقبة الدار، بدليل: أنه لا يملك الرجوع فيها، وإذا ملكها انتقلت إلى ورثته، كسائر أملاكه^(٥).
بخلاف السكنى، فإنها هبة المنافع دون الرقبة، فلا يملك إلا ما يستوفيه أولاً فأولاً، ومثلك المُسَكِّنُ الرجوع كالعارية^(٦).

فصل

٣٣٦ - إذا قال: جعلت هذه الدار لك عمرك، صارت له ولورثته بعده.
ولو قال: لك عمر زيد لم يصح.

(١) عزاه الحافظ الهيثمي للإمام أحمد والطبراني، وفيه مسلم بن خالد الزنجي: وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وأم موسى بن عتبة أعرفها، وثقة رجاله رجال الصحيح. انظر: مجمع الزوائد (١٤٧/٤).

(٢) انظر: المغني (٥/٦٦٠-٦٦١)، الشرح الكبير (٣/٤٢٨)، مطالب أولي النهى (٤/٣٨٨).

(٣) انظر: الهداية (١/٢١٢)، المتنع (٢/٣٣٦)، الإقناع (٣/٣٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٣/٤٣٥)، الإنصاف (٧/١٣٥)، الإقناع (٣/٣٤).

(٥) انظر: المغني (٥/٦٨٦)، كشاف القناع (٤/٣٠٧).

(٦) انظر: المغني (٥/٦٨٨، ٦٩١)، الشرح الكبير (٣/٤٣٥)، المبدع (٥/٣٦٩-٣٧٠).

والفرق: أن جميع الأملاك المستقرة مقدرة بحياة مالكيها، فقولته في الأولى منزل منزلة: ملكتها أبداً.

بخلاف قوله: جعلتها لك عمر زيد، فإنه قد يموت زيد قبله، فيصير كأنه قال: جعلتها لك بعض عمرك، وهذا لا يصح، لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها، إذ مقتضى الملك التأييد، فلا يصح شرط ما ينافيه^(١).

فصل

٣٣٧ - يجوز للأب الرجوع في ما وهبه ولده.

ولا يجوز ذلك لغيره من الأقارب^(٢).

والفرق: أن الأب له من التبسط في مال ولده ما ليس لغيره بدليل قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»، مختصر، رواه ابن ماجه وغيره^(٣).

ولأن له أن يأخذ من ماله ما شاء، لما ذكرنا من الحديث، فكان له الرجوع فيما وهبه، لأنه في المعنى مثل ذلك.

وغيره من الأقارب لم يرد فيه ما ورد في الأب، فهم كالأجنبي^(٤).

فصل

٣٣٨ - يجوز للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها، ما لم يجحف به، ولا يجوز ذلك للأم^(٥).

والفرق: ما تقدم في الفصل الذي قبله.

فصل

٣٣٩ - إذا وهب بشرط ثواب معلوم صح، وكان بيعاً^(٦).

(١) انظر: المغني (٦٩١/٥)، الشرح الكبير (٤٣٤/٣)، كشاف القناع (٣٠٨/٤)، مطالب أولي النهى (٣٩٨/٤).

(٢) انظر: الهداية (٢١٢/١)، الكافي (٤٦٩/٢-٤٧٠)، المحرر (٣٧٥/١)، الإقناع (٣٦/٣).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٤٢/٢) - ح (٤١٠)، والبيهقي في الكبرى (٤٨٠/٧)، والشافعي في مسنده (٢٠٢/١)، وابن ماجه (٧٦٩/٢) - ح (٢٢٩٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥١٦/٤) - ح (٢٢٦٩٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٣٠/٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥٨/٤)، والطبراني في الأوسط (٢٢/١) - ح (٥٧)، والبزار في مسنده (٤١٩/١-٤٢٠) - ح (٢٩٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢٠٤/٢) - ح (٦٩٠٢).

(٤) انظر الفرق في: المغني (٦٨٢-٦٨٣)، الشرح الكبير (٤٤٨-٤٤٩-٤٤٠/٣).

(٥) انظر: الكافي (٤٧١/٢)، الشرح الكبير (٤٤٨-٤٤٩/٣)، الفروع (٦٥١/٤)، الإقناع (٣٨/٣).

(٦) انظر: الهداية (٢١١/١)، المقنع (٣٣١/٢)، الفروع (٦٣٩/٤)، الروض المروض المربع (٢٤١/٢).

وإن شرط ثواباً مجهولاً صحت، وعلى الموهوب له إثباته بالأقل من قيمتها، أو ما يرضى به^(١).

ولو باع بضمن مجهول لم يصح^(٢).

والفرق: أن الهبة عقد يستغني عن العوض، كالنكاح، ثم جهالة المهر لا تفسد النكاح، فكذا الهبة.

بخلاف البيع، فإنه لا يستغني عن العوض، فلا يصح مع الجهالة.

فصل

٣٤٠ - يصح قبول العبد المحجور عليه للهبة، نص عليه، وهي لسيدة^(٣)

ولا يصح قبول الصبي للهبة حتى يبلغ^(٤).

والفرق: أن العبد أهل للتصرف في العقود، بدليل: أنه يصح تصرفه في ذمته، يتبع به إذا عتق^(٥)، وإنما الحجر عليه في المال لحق السيد، فيصح قبوله فيما لا [٤٠/ب] ضرر على سيده فيه^(٦).

بخلاف الصبي، فإنه ليس أهلاً للتصرف في العقود، بدليل: أن الحجر عليه في ماله وذمته، وإذا لم يكن أهلاً للتصرف لم يصح منه شيء منهما بغير إذن، كالمجنون^(٧).

كتاب اللقطة

فصل

٣٤١ - إذا وجد غير الإمام ضالة ممتنعة عن صغار السباع، كالإبل والبقر والخيول، لم يجز له أخذها، فإن أخذها ضمنها^(٨).

(١) انظر: الكافي (٤٦٨/٢)، الإنصاف (١١٧/٧)، الفروع (٦٣٩/٤)، الإقناع (٣٠/٣).

(٢) انظر: الهداية (١٣٣/١)، الكافي (١٧/٢)، التنقيح المشع ص ١٢٤، الروض المربع (١٦٧/٢).

(٣) انظر: المغني (٦٦٣/٥)، الشرح الكبير (٤٣٠/٣)، المبدع (٣٦٥/٥)، الإمتاع (٣٢/٣).

(٤) انظر: المغني (٦٦٠/٥)، الإنصاف (١٢٥/٧)، الإمتاع (٣١/٣).

(٥) انظر: المغني (٢٧٣/٤)، المحرر (٣٤٨/١)، الإنصاف (٣٤٧-٣٤٥/٥)، الإمتاع (٢٣٠/٢).

(٦) انظر: المغني (٦٦٣/٥)، الشرح الكبير (٤٣٠/٣).

(٧) انظر: المغني (٦٦٠/٥)، الشرح الكبير (٤٢٨/٣)، كشاف القناع (٣٠٢/٤).

(٨) انظر: الكافي (٣٥٧/٢)، المحرر (٣٧١/١)، الإنصاف (٤٠٣/٦)، الإمتاع (٣٩٨/٢).

ولو وجد ضالة الغنم، أو فصلان الإبل، وعجاجيل البقر جاز أخذها، وكانت أمانة في يده^(١).

والفرق: ما روى زيد بن خالد الجهني^(٢) رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه سئل عن ضالة الإبل، فقال: «ما لك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»، وسئل عن ضالة الغنم، فقال: «أخذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» مختصر، متفق عليه^(٣).

ولأنه إنما جاز أخذ ضالة الغنم لحفظها على صاحبها، وترك الإبل أحفظ وأقرب إلى ظفر صاحبها بها، لأن الضالة لا تطلب إلا حيث تشذ. وهذا بخلاف الغنم، فإن التلف إليها سريع - كما نبه عليه الحديث - فحفظها في أخذها، فكانت كالثياب والأثمان^(٤).

فصل

٣٤٢ - إذا جعل رب اللقطة لرادها عليه جعلاً، فردها الملتقط لأجل الجعل، لم يستحقه.

وإن التقطها لأجل الجعل فردها، استحقه^(٥).

والفرق: أنه في الأولى بذل منافعه بغير شرط العوض فهو متطوع، فلا يستحق شيئاً.

بخلاف ما إذا علم بالجعل قبل الالتقاط، فإنه لا يلزمه ردها قبل ذلك، فلما علم بالجعل بذل منافعه في تحصيلها، فاستحق الجعل، كما يستحقه برد الآبق^{(٦) (٧)}.

فصل

٣٤٣ - إذا أخذ اللقطة معتقداً كتمانها، فهي مضمونة عليه^(٨).

-
- (١) انظر: الهداية (١/٢٠٤)، الكافي (٢/٣٥٨)، المحرر (١/٣٧)، الإمتاع (٢/٣٣٩).
 - (٢) انظر: أسد الغابة (٢/٢٢٨)، والإصابة (٣/٢٧).
 - (٣) (ح) أخرجه البخاري (٢/٨٥٦) - ح (٢٢٩٦)، ومسلم (٣/١٣٤٩) - ح (١٧٢٢).
 - (٤) انظر: المغني (٥/٧٤١)، الكافي (٢/٣٥٨)، الشرح الكبير (٣/٤٧١).
 - (٥) انظر: المقنع (٢/٢٩٢)، الفروع (٤/٤٥٥-٤٥٦)، منتهى الإرادات (١/٥٥٠).
 - (٦) الآبق: اسم فاعل من أبق، بفتح الباء وكسرها. انظر: المصباح المنير (١/٢)، القاموس المحيط (٣/٢٨٠).
 - (٧) انظر: المغني (٥/٧٣٠)، الكافي (٢/٣٣٤)، المبدع (٥/٢٦٨)، كشاف القناع (٤/٢٠٣-٢٠٥).
 - (٨) انظر: المغني (٥/٧٠٦)، الشرح الكبير (٣/٤٧٥)، الإنصاف (٦/٤٠٦)، الإمتاع (٢/٣٩٩).

ولو أخذ الوديعة معتقداً كتمانها لم يضمناها^(١)، ذكرهما في المجرد.
والفرق: أن أخذ اللقطة أخذ لمال الغير، لولا ورود الشرع به لم يصح، فلا يجوز أخذها إلا على الصفة التي ورد الشرع بها من أنه يأخذها ليحفظها، فإذا أخذها كاتماً لها فقد أخذها على غير الوجه المشروع، فلزمه ضمانها^(٢).
بخلاف الوديعة، فإن صاحبها أذن في أخذها مطلقاً، لا بصفة، فلم يوجد منه ما يقتضي الضمان^(٣).

فصل

٣٤٤ - إذا رد الآبق من غير شرط الجعل استحق عن رده ديناراً، أو اثني عشر درهماً.

ولو وجد غيره من الضوال فرده، لم يكن له شيء^(٤). [٤/٤٨]
والفرق: أن العبد إذا أبق لم يؤمن أن يلحق بدار الحرب، أو يشتغل بالفساد، فأيجاب الجعل فيه حث على رده.
بخلاف غيره من البهائم وغيرها، فإنه لا يوجد فيها ما ذكرنا في العبد^(٥).

فصل

٣٤٥ - إذا قال: من رد عليّ عبدي فله دينار، فرده ثلاثة لم يستحقوا أكثر من دينار، ويكون بينهم أثلاثاً.
ولو قال: من دخل داري فله دينار، فدخل ثلاثة استحق كل منهم ديناراً.
والفرق: أنه شرط الدينار لرد الآبق، وكلهم رده، فاشتركوا في عوضه.
بخلاف الأخرى، فإنه علق الاستحقاق بالدخول، وكل منهم دخل فاستحق ديناراً^(٦).

فصل

٣٤٦ - إذا قال: من رد عبدي فله دينار، فرده إنسان فهرب منه في بعض

(١) المنفي (٣٩٥/٦)، الشرح الكبير (١٤٩/٤)، الإنصاف (٣٣٤/٦)، الإمتاع (٣٨١/٢).

(٢) انظر: المنفي (٧٠٧-٧٠٦/٥)، الشرح الكبير (٤٧٥/٣)، كشف القناع (٢١٣/٤).

(٣) المنفي (٣٩٥/٦)، الشرح الكبير (١٥٠/٤)، كشف القناع (١٧٦/٤).

(٤) انظر: الهداية (١٨٥/١)، المقنع (٢٩٤-٢٩٣/٢)، المحرر (٣٧٢/١)، الروض (٢٣٤/٢).

(٥) انظر: المنفي (٧٢٧/٥)، مطالب أولي النهى (٢١٣/٤).

(٦) المنفي (٧٢٤/٥)، المبدع (٢٦٧/٥)، كشف القناع (٢٠٤/٤).

الطريق، لم يستحق الجعل^(١).

ولو أنفق عليه، ثم هرب، استحق ما أنفق^(٢).

والفرق: أن الرجوع بالنفقة إنما استحقه لكونه أحيًا به نفس العبد^(٣).

ولم يستحق الجعل لكونه لم يرد العبد^(٤).

فصل

٣٤٧ - إذا ترك دابة بمهلكة من الأرض، فأحيها إنسان بعلفها ملكها.

ولو كان مكانها عبد أو متاع فاستقذه لم يملكه.

والفرق: ما روى الشعبي^(٥)، قال: عن غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها أن يعلفوها فسيبها، فأخذها فأحيها فهي له»، رواه أبو داود^(٦)، وهذا نص مخالف القياس فيما عدا الدابة، فلهذا فرقنا بينهما.

ولأن للدابة حرمة، بخلاف المتاع، بدليل: أنه يحرم على الإنسان إهلاك دابته، ولا يحرم عليه إهلاك متاعه.

والفرق بين العبد والدابة: أن للعبد عقلاً وبصيرة يمكنه في العادة أن يتخلص، بخلاف الدابة^(٧).

فصل

٣٤٨ - إذا اصطاد سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة غير مثقوبة، أو غيرها مما يخرج من البحر، كالعنبر، فهو للصيد.

ولو وجد غير ذلك من الذهب والدراهم وغيرها، فهو لقطة، والسمكة ملك له.

والفرق: أن اللؤلؤة والعنبر من معادن البحر، والظاهر أنه لم يملك، وإنما

-
- (١) انظر: المغني (٧٢٥/٥)، الكافي (٣٣٣/٢)، الإمتاع (٣٩٦/٢)، منتهى الإرادات (٥٥١/١).
 (٢) انظر: الهداية (١٨٥/١)، المقنع (٢٩٤/٢)، الفروع (٤٥٦/٤)، الإمتاع (٣٩٦/٢).
 (٣) انظر: المبدع (٢٧١/٥)، كشف القناع (٢٠٧/٤)، مطالب أولي النهى (٢١٣/٤).
 (٤) انظر: المغني (٧١٥/٥)، كشف القناع (٢٠٧/٤)، مطالب أولي النهى (٢١٣/٤).
 (٥) انظر: تاريخ بغداد (٢٢٧/١٢)، سير أعلام النبلاء (٢٩٤/٤)، تهذيب التهذيب (٦٥/٥).
 (٦) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٩٨/٦) - ح (١١٨٩٣)، والدارقطني (٦٨/٣) - ح (٢٥٩)، وأبو داود (٢٨٧/٣) - ح (٣٥٢٤)، وابن الجوزي في التحقيق (٢٣٤/٢) - ح (١٦٤٤).
 (٧) المغني (٧٤٥-٧٤٤/٥)، الكافي (٣١٢/٢)، الشرح الكبير (٤٧٣/٣)، كشف القناع (٢٠١/٤).

ابتلعت السمكة من معدنه، فملكها وما فيها، كما لو خرج في الشبكة.
 بخلاف الدراهم والذهب وغيرهما، مما ليس البحر معدناً له، فإن الظاهر أنه
 يثبت عليه ملك مالك، ووقع في البحر فابتلعه، فكان لقطة، كما لو وجده في غير
 بطن السمكة^(١).

فصل

٣٤٩ - إذا اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة غير مثقوبة، فهي للصياد.
 ولو وجدها في بطن/ الشاة، فهي لقطة للمشتري، لا يستحقها البائع إلا بصفة [ب/٤١]
 أو بينة.
 والفرق: أن السمكة ترعى في البحر وهو معدن اللؤلؤ، فتبتلع ذلك،
 ويستخرجها الصياد، فتكون له على ما تقدم.
 بخلاف الشاة، فإنها لا ترعى معادن اللؤلؤ، فالظاهر أن اللؤلؤ وقعت
 فابتلعتها، فتكون لقطة، كما لو رآها في غير بطنها.

فصل

٣٥٠ - إذا وجد مشتري السمكة في بطنها لؤلؤة غير مثقوبة فهي للصياد.
 ولو كانت مثقوبة فهي لقطة.
 والفرق: يظهر من غصون ما تقدم.

فصل

٣٥١ - إذا التقط العبد لقطة فأنفقها قبل تعريفها بحول، تعلقت برقبته.
 وإن أنفقها بعد ذلك تعلقت بذمته، يتبع به بعد العتق^(٢)، نص عليهما.
 والفرق: أن قبل التعريف هو ممنوع من إنفاقها، فإذا فعله كان جناية منه،
 وجنانيته تتعلق برقبته، كإتلافه.
 بخلاف ما إذا أنفقها بعد الحول، فإنه غير ممنوع من التصرف فيها لأن له أن
 يملكها، فصار كأنه تصرف بإذن المالك، ولو كان كذلك تعلقت بذمته فكذا ها هنا^(٣).

(١) انظر: المغني (٥/٧١٦-٧١٥)، الشرح الكبير (٣/٤٧٦)، كشاف القناع (٤/٢٢٢-٢٢٣)، مطالب
 أولي النهى (٤/٢٣٨).

(٢) انظر: الهداية (١/٢٠٤)، المقنع (٢/٣٠٢)، المحرر (١/٣٧٢)، القروع (٤/٥٧٠).

(٣) انظر: المبدع (٥/٢٩١).

فصل

٣٥٢ - إذا التقط الفاسق لقطة أقرت في يده^(١).
ولو التقط لقيطاً لم يقر^(٢).
والفرق: أن اللقيط ليس في أخذه إلا الولاية عليه، والفاسق ليس من أهلها.
بخلاف اللقطة، فإنها كسب، ولا فرق فيه بين العدل والفاسق، فافتراقا^(٣).

باب إحياء الموات

فصل

٣٥٣ - يجوز للذمي إحياء موات في دار الإسلام، ويملكها بذلك^(٤). نص
عليه.
ولا تثبت له شفعة على مسلم^(٥).
والفرق: أن الإحياء مباح، فساغ له، كالأصطياد^(٦).
والشفعة إدخال ضرر على مسلم بانتزاع ما في يده، فلم يجز، فافتراقا^(٧).

فصل

٣٥٤ - إذا أحيا حظيرة للماشية كفاها لتملكها حائط عليها.
ولو أحيا أرضاً للسكنى لم يملكها حتى يسقفها^(٨)، ذكره القاضي في الخصال
عن الإمام أحمد رضي الله عنه.
والفرق: أن الانتفاع بالحظيرة يحصل بالحائط.
بخلاف المساكن، فإنه لا يمكن سكناها إلا بسقف^(٩).

- (١) انظر: الهداية (٢٠٤/١)، المقنع (٣٠١/٢)، الفروع (٥٧/٤)، الإمتاع (٤٠٤/٢).
- (٢) انظر: الهداية (٢٠٥/١)، المقنع (٣٠٣/٢)، المحرر (٣٧٣/١)، غاية المنتهى (٢٨٥/٢).
- (٣) انظر: المغني (٧٥٦/٥)، الشرح الكبير (٤٩٧/٣)، المبدع (٢٩٦/٥).
- (٤) انظر: الهداية (٢٠٠/١)، المقنع (٢٨٦/٢)، الفروع (٥٥٢/٤)، الإمتاع (٣٨٥/٢).
- (٥) انظر: الهداية (١٩٧/١)، المقنع (٢٧٥/٢)، الفروع (٥٥١/٤)، الإمتاع (٣٧٦/٢).
- (٦) انظر: المغني (٥٦٦/٥)، الشرح الكبير (٣٧٤/٣)، المبدع (٢٥٠/٥)، كشاف القناع (١٨٦/٤).
- (٧) انظر: المغني (٣٨٨/٥)، الشرح الكبير (٢٧٤/٣)، المبدع (٢٣١/٥)، شرح منتهى الإرادات (٢/٢).
- (٨) انظر: الكافي (٤٣٧/٢)، الشرح الكبير (٣٨٠/٣)، الإنصاف (٣٦٨/٦).
- (٩) انظر: الكافي (٤٣٧/٢)، المغني (٥٩٢/٥)، الشرح الكبير (٣٨٠/٣).

فصل

٣٥٥ - إذا ملك بالإحياء أو بغيره أرضاً، فظهر فيها معدن، فإنه يملك ذلك بملكها^(١).

ولو كان فيها ركاز لم يملكه بملكها^(٢).

والفرق: أن المعدن من جملة أجزاء الأرض، فملكه كسائر أجزائها.

بخلاف الركاز، فإنه مودع فيها، فلم يملكه بملكها، كما لو اشترى داراً فيها قماش فإنه لا يملكه، كذا ها هنا^(٣).

فصل

٣٥٦ - /إذا أحيى المسلم مواتاً من دار الحرب ملكه. [١/٤٢]

ولو أحياه من أرض صولح أهلها: أنها لكم ولنا الخراج عليها لم يملكه^(٤).

والفرق: أن الصلح أوجب أن تكون البلاد لهم، فيجب الوفاء بذلك، ولا يتعرض لشيء منها، كسائر أموالهم.

بخلاف موات دار الحرب، فإنه على أصل الإباحة، فملك كأموالهم^(٥).

فصل

٣٥٧ - إذا فضل من ماء الإنسان شيء عن زرعه وحيوانه لزمه بذله لبهائم غيره.

وفي بذله لزرعه روايتان^(٦).

والفرق: أن الحيوان له حرمة في نفسه، بدليل: أن مالكة لو امتنع من سقيه أجبر عليه، فوجب بذل الماء لسقيه، كالأدومي.

بخلاف الزرع، فإنه لا حرمة له، فافترقا^(٧).

(١) انظر: الكافي (٤٣٨-٤٣٧/٢)، المحرر (٣٦٨/١)، الإنصاف (٣٦٤-٣٦٣/٦)، الإمتاع (٢/٣٨٧).

(٢) انظر: المغني (٢٠-١٩/٣)، الفروع (٤٩٣-٤٩٢/٢)، الإنصاف (١٢٧-١٢٦/٣)، الإمتاع (١/٢٦٩).

(٣) انظر: المغني (٥٧٣/٥)، الشرح الكبير (٣٧٧/٣)، كشاف القناع (١٨٩/٤).

(٤) الهداية (٢٠٢-٢٠٠/١)، المقنع (٢٨٦/٢)، الفروع (٥٥٢/٤)، الإمتاع (٣٨٥/٢).

(٥) انظر: المغني (٥٦٨/٥)، الشرح الكبير (٣٧٥/٣)، المبدع (٢٥٠/٥)، مطالب أولي النهى (٤/١٨١).

(٦) انظر: الكافي (٤٤٥/٢)، الإنصاف (٣٦٦-٣٦٥/٦)، منتهى الإرادات (٥٤٣/١).

(٧) انظر: الروايتين والوجهين (٤٥٧/١)، الشرح الكبير (٣٧٨/٣).

باب الوديعة

فصل

٣٥٨ - إذا طلب المودع الوديعة في حالة لا يمكن دفعها إليه، كحالة الصلاة، أو في الحمام، وما أشبه ذلك، فتلفت قبل زوال العذر أو بعده، وقبل إمكان الرد، فلا ضمان عليه^(١).

ولو تلف المال قبل إمكان أداء الزكاة لم تسقط^(٢).

والفرق: أن الوديعة يتعلق أداؤها برد عينها، وفي قبولها رفق، فلو ألزمت المودع ردها قبل إمكانه امتنع الناس من قبولها، فأفضى إلى حرج، فلذلك لم يضمها^(٣).

بخلاف الزكاة، فإنها تتعلق بالذمة، فوجبت بحلول الحول، ولم يعتبر إمكان الأداء^(٤).

فصل

٣٥٩ - إذا اختلف المودع والمودع في الرد، فالقول قول المودع^(٥).

ولو اختلف المعير والمستعير في الرد، فالقول قول المعير^(٦).

وكذا القول في المؤجر^(٧)، والراهن^(٨) في رد العين المستأجرة، والمرهونة.

والفرق: أن المودع قبض المال لمنفعة مالكة خاصة، فكان القول قوله في رده، كالوصي^(٩).

بخلاف المستعير والمرتهن والمستأجر، فإنهم قبضوا المال لمنفعة أنفسهم، فلا

(١) انظر: المغني (٣٩٢/٦)، الشرح الكبير (١٤٨/٤)، الإنصاف (٣٥٢/٦)، الإمتاع (٣٨٤/٢).

(٢) الهداية (٦٤/١)، الكافي (٢٨٢/١)، منتهى الإرادات (١٧٧/١)، الروض المربع (١٠٨/١).

(٣) انظر: المغني (٣٩٢/٦)، الشرح الكبير (١٤٨/٤)، كشاف القناع (١٨٢/٤).

(٤) انظر: المغني (٦٨٣/٢)، الشرح الكبير (٦١٠/١).

(٥) انظر: الهداية (١٨٩/١)، المقنع (٢٨٢/٢)، الإمتاع (٣٨٢/٢).

(٦) انظر: الهداية (١٩١/١)، الكافي (٣٨٠/٢)، الإمتاع (٣٣٧/٢).

(٧) انظر: الكافي (٣٣١/٢)، الإمتاع (٣٢٠/٢)، غاية المنتهى (٢١٥/٢).

(٨) انظر: الهداية (١٥٢/١)، الكافي (١٦٦/٢)، الإمتاع (١٦٣/٢).

(٩) انظر: المغني (٣٩٦/٥)، الشرح الكبير (١٤٨/٤)، المبدع (٢٤٣/٥)، كشاف القناع (١٧٩/٤).

يقبل قولهم في رده، كالمقبوض للسوم^(١).

فصل

٣٦٠ - إذا أودعه خاتماً وقال: البسه في الخنصر، فلبسه في البنصر، فلا ضمان عليه^(٢).

ولو كان بالعكس ضمن^(٣).

والفرق: أن البنصر أغلظ من الخنصر، فإذا أمره بوضعه في الأدق فوضعه في الأغلظ فهو أكد في الحفظ، فلم يضمن^(٤).

بخلاف العكس، فإن البنصر أحفظ، فإذا أمره بوضعه فيها فوضعه في الخنصر فقد عدل إلى الحرز الأضعف فضمن^(٥).

فصل

٣٦١ - إذا طوّل بوديعة فقال: ما لك عندي وديعة، أو ما تستحق عليّ وديعة، ثم أقر بوديعة، وادّعى تلفها من حرز فلا ضمان.

ولو قال: / ما أودعني، ثم أقر، وادّعى تلفها لزمه الضمان. [٤٢/ب]

والفرق: أن قوله: ما لك عندي، أو ما تستحق عليّ، لا ينافي قوله بعد ذلك: ضاعت من حرز لأن من ضاعت عنده الوديعة من حرز لا يكون لمودعه عنده وديعة، ولا يستحق عليه رد شيء.

بخلاف ما إذا أنكر الإيداع، وادّعى التلف، فإنه بإنكاره صار خائناً، فلم يقبل له قول بعد ذلك^(٦).

فصل

٣٦٢ - إذا قال له: احفظ وديعتي في هذا البيت، ولا تدخله أحداً، فأدخل إليه أناساً فسرقها بعضهم ضمنها المودّع^(٧).

-
- (١) انظر: الكافي (١٦٦/٢)، (٣٣١)، الشرح الكبير (١٨١/٣)، كشاف القناع (٧٥/٤).
 - (٢) انظر: المغني (٣٩٢/٦)، الشرح الكبير (١٤٣/٤)، الإنصاف (٣٢٣/٦)، الإمتاع (٣٨٠/٢).
 - (٣) انظر: الكافي (٣٧٦/٦)، الإنصاف (٣٢٣/٦)، الإمتاع (٣٨٠/٢)، غاية المتهي (٢٦٢/٢).
 - (٤) انظر: المغني (٣٩٢/٦)، الشرح الكبير (١٤٣/٤)، كشاف القناع (١٧٢/٤).
 - (٥) انظر: الكافي (٣٧٦/٢)، كشاف القناع (١٧٣/٤)، مطالب أولي النهى (١٥٤/٤).
 - (٦) المغني (٣٩٤/٦)، الشرح الكبير (١٤٩/٤)، المبدع (٢٤٤/٥)، كشاف القناع (١٨١/٤).
 - (٧) انظر: المغني (٣٩٢/٦)، الشرح الكبير (١٤٣/٤)، المبدع (٢٣٧/٥)، الإمتاع (٣٨٠/٢).

ولو سرقها غيرهم لم يضمن^(١). ذكرهما القاضي في المجرد.
والفرق: أنه إذا سرقها بعض من أدخله فقد سرت بفعل المودع، وهو إدخاله السارق، فقد تعدى بذلك الفعل فضمن.
بخلاف ما إذا سرقها غيرهم، فإنه لا فعل له في ذلك، فهو كما لو سرت ولم يدخل البيت أحداً، فلم يضمن^(٢)، فافترقا. والله تعالى أعلم.

كتاب الوصايا

فصل

٣٦٣ - إذا [قال]: وصيت لفلان بشاة من غنمي، ولا غنم له، لم يصح. في أصح الوجهين^(٣).

ولو قال: بشاة من مالي صحت، واشترى له شاة^(٤).

والفرق: أن الموصي جعل الشاة من غنمه، ولا غنم له، فتكون الوصية بما لا يملكه، فلم يصح، كما لو وصى له بمائة ولا مال له^(٥).

بخلاف ما إذا قال: من مالي ولا غنم له، فإن المعنى: اشتروا له شاة من مالي، فصحت الوصية، كما لو قال: أوصيت له من مالي بشاة، فإنه يصح، فكذا هنا^(٦).

فصل

٣٦٤ - إذا أوصى لزيد بشيء، ثم لعمره به، فليس رجوعاً، وهو بينهما.

ولو قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمره، كان رجوعاً^(٧).

(١) انظر: الكافي (٣٧٧/٢)، الشرح الكبير (١٤٣/٤)، المبدع (٢٣٧/٥)، الإنصاف (٣٢٤/٦)، منتهى الإرادات (٥٣٧/١)، غاية المنتهى (٢٦٢/٢).

(٢) انظر: المغني (٣٩٢/٦)، الشرح الكبير (١٤٣/٤).

(٣) انظر: الهداية (٢٢١/١)، المقنع (٣٧٨/٢)، المحرر (٣٨٥/١)، منتهى الإرادات (٥٠/٢).

(٤) انظر: المغني (١٥٠/٦)، الشرح الكبير (٥٥٢/٣)، الفروع (٦٨٩/٤)، منتهى الإرادات (٢/٥٠).

(٥) انظر: المغني (١٤٩/٦)، الشرح الكبير (٥٥٤/٣)، المبدع (٥٣/٦)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩٤).

(٦) انظر: المغني (١٥٠/٦)، شرح منتهى الإرادات (٥٥٧/٢)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩٤).

(٧) انظر: المقنع (٣٦٣/٢)، المحرر (٣٧٦/١)، الفروع (٦٦٢/٤)، الإمتاع (٥٤/٣).

والفرق: أن وصيته لعمرو لا تتضمن الرجوع عن وصيته لزيد، فبقيت وصيته بحالها، والوصيتان لا مزية لإحدهما على الأخرى في الحكم، فيكون الشيء بينهما، كما لو وصى لهما به في حالة واحدة.

بخلاف ما إذا قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو، فإن اللفظ صريح بالرجوع، وإذا رجع عنها بطلت، كما لو قال: رجعت^(١).

فصل

٣٦٥ - إذا أوصى لرجل برقة عبد، ولآخر بمنفعته، فقتل العبد، اشترى بقيمته رقة تقوم مقامه^(٢).

ولو استأجر عبداً بعينه للخدمة مدة معلومة، فقتل قبل انقضائها، بطلت الإجارة، ولا يشتري بقيمته غيره.

والفرق: أن باب الوصية أوسع من الإجارة، بدليل: صحتها بالمجهول والمعدوم، فلو أوصى أن يُشترى عبد يخدم زيدا سنة صحت الوصية، فذلك جاز [١/٤٣] أن تنتقل الوصية إلى القيمة.

بخلاف الإجارة، فإنها لا تصح إلا على عين موجودة، فلذلك بطلت بتلفها^(٣).

فصل

٣٦٦ - يصح قبول الوصي الوصية قبل موت الموصي وبعده^(٤).

ولا يصح قبول الموصى له إياها إلا بعد الموت^(٥).

والفرق: أن الوصية له إيجاب بالحق بعد الموت، لأننا لو جعلنا الإيجاب قبل الموت، والملك بعده، لكان ذلك تعليقاً للتملك بالشرط، وذلك لا يجوز، فثبت أن الإيجاب بعد الموت، فوجب أن يكون القبول بعده لا قبله، لأن القبول لا يتقدم الإيجاب.

وهذا بخلاف الموصى إليه، فإنه يتصرف بإذن الموصي، وإذنه قد وجد بعقد

(١) انظر: المغني (٦/٦٦٠)، الشرح الكبير (٣/٥٣١)، المبدع (٦/٢٥).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٣/٥٥٧)، الإنصاف (٧/٢٦٤)، الإمتاع (٣/٦٨)، منتهى الإرادات (٢/٥٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٦٣)، الشرح الكبير (٣/٥٥٧)، المبدع (٦/٥٩)، وحاشية المقنع (٢/٣٨١).

(٤) انظر: الهداية (١/٢١٧)، المقنع (٢/٣٩٥)، المحرر (١/٣٩٢)، الروض المربع (٢/٢٤٩).

(٥) انظر: الهداية (١/٢١٥)، المقنع (٢/٣٦١)، المحرر (١/٣٨٤)، الروض المربع (٢/٢٤٥).

الوصية، فصح القبول في تلك الحال وبعد الموت، كقبول الوكيل الوكالة، فيكون الإيجاب بالعقد، والتسليط على التصرف بعد الموت، ولا محذور فيه هنا، بل غايته أنه علق الإذن في التصرف بالموت، ومثل ذلك سائغ، كالوكالة المؤقتة^(١).

فصل

- ٣٦٧ - تصح الوصية مع تأخير قبولها إلى ما بعد الموت.
ولو أخر قبول الهبة لم يصح^(٢).
والفرق: أن الهبة تملك في الحال، فوجب قبولها في الحال، كالبيع^(٣).
بخلاف الوصية، فإنها تملك بعد الموت، فكان قبولها وقت التملك^(٤).

فصل

- ٣٦٨ - إذا ردّ الموصى له الوصية قبل موت الموصي، ثم قبلها بعد موته صح.
ولو ردها بعد موته، ثم قبلها، لم يصح.
والفرق: أن قبل الموت وقت لا يصح فيه قبول الوصية، فلا يصح ردها، وحق الموصى له إنما ثبت في القبول والرد بعد الموت، فإذا رد قبله فقد رد قبل وجوب حقه، فلم يصح.
بخلاف ما إذا رد بعد الموت، فإنه رد بعد وجوب الوصية، فصح الرد، وسقط حقه^(٥).

فصل

- ٣٦٩ - إذا مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت.
ولو مات بعده، وقبل القبول، لم تبطل، وقام وارثه فيها مقامه^(٦).

(١) انظر: المغني (١/٦)، الشرح الكبير (٣/٥٨٩)، المبدع (٦/١٠٤)، مطالب أولي النهى (٤/٥٣٤).
(٢) انظر: الكافي (٢/٤٦٦)، الإنصاف (٧/١١٩)، كشاف القناع (٤/٣٠٠)، مطالب أولي النهى (٤/٣٨٥).
(٣) انظر: الكافي (٢/٤٦٦)، الإنصاف (٧/١١٩)، كشاف القناع (٤/٣٠٠)، مطالب أولي النهى (٤/٣٨٥).
(٤) انظر: المغني (٦/٢٥)، الشرح الكبير (٣/٥٢٦)، المبدع (٦/١٩)، كشاف القناع (٤/٣٤٤).
(٥) انظر: المغني (٦/٢٣٢)، الشرح الكبير (٣/٥٢٧)، المبدع (٦/٢٠)، كشاف القناع (٤/٣٤٤).
(٦) انظر: الهداية (١/٢١٥)، المقنع (٢/٢٦١)، منتهى الإرادات (٢/٤١).

والفرق: أن الموصى له في الأولى مات قبل استقرار الحق، بدليل ما قدمنا: من أن قبوله ورده قبل موت الموصي لا أثر له، لكونه قبل الاستقرار، فلذلك تبطل. بخلاف ما إذا مات بعده، ولأنه ضمان بعد استقرار الوصية ووجوب حقه، فقام وارثه مقامه، كسائر حقوقه، والدليل على أن حقه وجب بالموت أنه لا يملك ورثة الموصي إبطاله مع حياة الموصى له، والحقوق اللازمة لا تبطل بموت مستحقها، بل تنتقل إلى ورثته^(١)، فظهر الفرق.

فصل

٣٧٠ - / قد تقرر أنه إذا مات الموصى له بعد الموصي وقبل القبول قام وارثه [ب/٤٣] مقامه.

ولو مات المشتري قبل قبول الشراء، وبعد إيجاب البائع البيع بطل. والفرق: أن إيجاب البيع قبل قبول المشتري غير لازم للبائع، بدليل: أن له الرجوع فيه قبل قبول المشتري، والعقود الجائزة تبطل بموت أحد المتعاقدين، كالشركة والوكالة.

بخلاف الوصية بعد موت الموصي وقبل موت الموصى له، فإن الوصية استقر حقه فيها ووجب، على ما سبق بيانه^(٢).

فصل

٣٧١ - إذا أوصى بعثق عبده سالم، وقيمته ثلث ماله، ثم أوصى بعثق عبده غانم، وقيمته ثلث ماله، أقرع بينهما، فمن قرع عتق، ولا يقدم أحدهما على الآخر. ولو قال في مرض موته: سالم حر، ثم قال: غانم حر، عتق سالم ولا يقرع^(٣).

والفرق: أن كلاً من العبدین يستحق عتقه حين يستحقه الآخر، وهو عقيب الموت، فلا مزية لأحدهما على الآخر.

بخلاف ما إذا نجز عتقهما واحداً بعد الآخر، لأن عتق الأول وقع تنجيذه عقيب لفظه، لأنه يخرج من الثلث، فإذا أعتق الآخر لم يخرج من الثلث، فلذلك لم يعتق^(٤).

(١) انظر: الكافي (٤٨٤/٢)، المغني (٢٤/٦)، الشرح الكبير (٥٢٨/٣)، كشاف القناع (٣٤٦/٤).

(٢) انظر: المغني (٢٤/٦)، الشرح الكبير (٥٢٨/٣)، كشاف القناع (٣٤٦/٤)، مطالب أولي النهى (٤٥٩/٤).

(٣) انظر: المغني (٢٩٦-٢٩٧/٩)، الإمتاع (٤٢٨/٤).

(٤) انظر: الكافي (٤٨٨/٢).

فصل

٣٧٢ - إذا كان جميع ماله مائتي درهم وعبداً قيمته مائة، فأوصى لرجل بالعبد، ولآخر بمائة، فمع الإجازة يأخذ كل واحد ما وصي له به، ومع الرد لكل منهما نصف ما وصي له به^(١).

ولو وصى لرجل بالعبد، ولآخر بثلث ماله، فمع الإجازة للموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه، وللآخر ربعه وثلث المائتين، ومع الرد للموصى له بالعبد نصفه، وللآخر سدسه وسدس المائتين^(٢).

والفرق: أن الثلث عبارة عن جزء شائع في جميع المال، فقد أوصى في الحقيقة لرجل بالعبد، ولآخر بثلثه وثلث المائتين، فمع الإجازة يأخذ ثلث المائتين، ويتحصان في العبد بقدر وصيتهما، وهي الكل والثلث، فيكون أربعة، فلصاحب العبد ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه وثلث المائتين، ومع الرد للموصى له بالعبد نصفه، وذلك نصف ثلث المال، وللموصى له بالثلث سدس العبد وسدس المائتين، وذلك سدس الجميع، فتكامل لهما الثلث.

بخلاف المسألة الأولى، فإن المائة عبارة عن قدر معلوم لا عن جزء شائع في جميع المال، فلا يسري إلى غير العبد، فمع الإجازة لكل منهما ما أوصى له به، ومع الرد نصفه.

فصل

٣٧٣ - إذا قال: / وصيت لما تحمل هذه الجارية بكذا، لم تصح الوصية^(٣).

ولو قال: أوصيت لفلان بما تحمله هذه الجارية صح^(٤).

والفرق: أن الوصية في الأولى لمعدوم، ولا تصح الوصية له.

وفي الثانية أوصى بمعدوم، والوصية بالمعدوم تصح^(٥).

فصل

٣٧٤ - إذا أوصى بثمره نخلته فاحتاجت إلى سقي، لم يجبر الموصى له على

[١/٤٤]

(١) انظر: المقنع (٣٥٩/٢)، الإمتاع (٤٩/٣)، الروض المربع (٢٤٥/٢).

(٢) انظر: المقنع (٣٨٤/٢)، المحرر (٣٨٩/١)، الإمتاع (٧٠/٣).

(٣) انظر: المقنع (٣٦٩/٢)، الفروع (٦٨٠/٤)، الإمتاع (٥٩/٣)، الروض المربع (٢٤٦/٢).

(٤) انظر: الهداية (٢٢٢/١)، المقنع (٣٧٥/٢)، المحرر (٣٨٦/١)، منتهى الإرادات (٤٩/٢).

(٥) انظر: المغني (٥٨/٦)، الشرح الكبير (٥٤٠/٣)، حاشية المقنع (٣٦٩/٢).

سقيها، لأنه غير مالك للنخلة، ولا الوارث، لأنه غير مالك للثمرة^(١).
ولو باع ثمرة بدا صلاحها، أجبر على سقيها إلى الجذاذ^(٢).
والفرق: أن البائع ضمن تسليم الثمرة إلى المشتري، ومن تمامه سقيها^(٣).
بخلاف الوارث، فإنه لم يضمن ذلك.

فصل

٣٧٥ - إذا أوصى لإنسان بعبد من عبيده مبهم، فقتل العبيد كلهم بعد موت الموصي، فللموصى له قيمة أحدهم بالقرعة^(٤).
ولو قتلوا في حياة الموصي فلا شيء له.
والفرق: أن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي على ما مر، فإذا قتلوا وهو حي فقد قتلوا قبل لزوم الوصية، وهم على ملك الموصي، وقيمتهم له، ولم يتجدد فيها وصية، فلم يستحق شيئاً لذلك.
بخلاف ما إذا قتلوا بعد موته، لأن الوصية قد لزمته، وملك الموصى له أحدهم بالقرعة، فقد قتل على ملكه، فلذلك استحق قيمته^(٥).

فصل

٣٧٦ - إذا قال: وصيت لفلان بفهد من مالي، ولا فهد في ملكه، صحت.
ولو وصى له بكلب من ماله، ولا كلب في ملكه، لم يصح^(٦).
والفرق: أن الفهد يصح ابتياعه، فصحت الوصية به إذا أضافه إلى ماله، كما لو أوصى له بشاة من ماله، ولا غنم له.
بخلاف الكلب، فإنه لا يصح ابتياعه، فإذا لم يكن في ملكه فقد أوصى له بمعدوم لا سبيل إلى تحصيله، فلم يصح^(٧).

-
- (١) انظر: المغني (٦٦/٧)، الشرح الكبير (٥٥٨/٣)، الإمتاع (٦٧/٣).
(٢) انظر: الهداية (١٤١/١)، المقنع (٨٤/٢)، المحرر (٣١٦/١)، الإمتاع (١٣١/٢).
(٣) انظر: المغني (١٠١/٤)، الشرح الكبير (٤٥٢/٢)، كشف القناع (٢٨٥/٣).
(٤) انظر: الشرح الكبير (٥٥٤/٣)، الإنصاف (٢٥٨/٧)، الإمتاع (٦٦/٣)، منتهى الإرادات (٢/٣٥٢).
(٥) انظر: الكافي (٥٠٥/٢)، المغني (١٤٩/٦)، الشرح الكبير (٥٥٤/٣)، المبدع (٥٤/٦)، مطالب أولي النهى (٤٩٤/٤).
(٦) انظر: المغني (١٥٢/٦)، الشرح الكبير (٥٥١/٣)، المبدع (٥٠/٦)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩١).
(٧) انظر: المغني (١٥٢/٦)، الشرح الكبير (٥٥١/٣)، المبدع (٥٠/٦)، مطالب أولي النهى (٤/٤٩١).

فصل

٣٧٧ - إذا أوصى له بقوس استحق وترها^(١).
ولو أوصى له بدابة لم يستحق سرجها ولجامها^(٢).
والفرق: أن الوتر كجزء من القوس، لأنه لا ينتفع بها إلا به^(٣).
بخلاف سرج الدابة ولجامها، فإن ذلك يمكن الانتفاع بها دونه.
قلت: واستحقاق الوتر هو أحد الوجهين.
والآخر: لا يستحقه، لأنه لا يدخل في معنى القوس، وإنما هو متمم للانتفاع
بها، فلا يدخل في الوصية بها، كالنشاب^(٤)، وهذا أوجه.

فصل

٣٧٨ - إذا أوصى لزيد بمائة، ولخالد بتمام الثلث على المائة، ولبكر بثلث
ماله، وكل ماله أربعمائة وخمسون، فمع الإجازة لزيد مائة، ولخالد خمسون تمام
الثلث، ولبكر مائة وخمسون، ومع الرد/ قال القاضي: يكون ثلث المال بين زيد
وبكر نصفين، ولا شيء لخالد^(٥)، وعلل: بأنه أوصى لبكر بثلث المال ولزيد وخالد
بثلث المال، فإذا لم يجز الورثة تحاص الموصى لهم بالثلث على قدر وصاياهم،
لبكر نصف الثلث خمسة وسبعون، ولزيد وخالد باقيه، وهو خمسة وسبعون،
فيستحقها زيد خاصة، ولا شيء لخالد، لأنه لا يستحق من الثلث الموصى به له
ولزيد إلا ما زاد على مائة، ولا زيادة عليها، فلذلك لا يستحق شيئاً، كما إذا لم
يجاوز الثلث مائة وأجاز الورثة، فإنه يكون لبكر الموصى له بالثلث مائة، ولزيد مائة،
ولا شيء لخالد، لأنه زيادة على المائة إلى تمام الثلث، ومع الرد يكون الثلث وهو
مائة بين زيد وبكر نصفين، ولا تصح الوصية لخالد.

والفرق: بين ما إذا جاوز الثلث مائة، وبين ما إذا لم يجاوز: أنه إذا جاوزها
كما صورناه في صدر المسألة، يكون هناك ما تتعلق به الوصية لخالد، فتصح وصيته.

(١) انظر: الكافي (٢/٥٠٩)، الشرح الكبير (٣/٥٥٥-٥٤٤)، الإنصاف (٧/٢٥٩)، شرح الإرادات (٢/٥٥٨).

(٢) انظر: المغني (٦/١٥١)، المبدع (٦/٥٣).

(٣) انظر: المغني (٦/١٥٤)، الكافي (٢/٥٠٩)، الشرح الكبير (٣/٥٥٥)، المبدع (٦/٥٥).

(٤) انظر: النشابة: واحدة النبل. القاموس المحيط (١/١٣٢)، المعجم الوسيط (٢/٩٢١).

(٥) انظر: المغني (٦/٤٤٧)، الكافي (٢/٥١٠)، الشرح الكبير (٣/٥٦٦)، المحرر (١/٣٩١)،
الإنصاف (٧/٢٧٤).

بخلاف ما إذا كان الثلث مائة، فإننا نعلم أن وصية خالد لم تصح، لأنه لم يوجد زيادة على المائة تتعلق به وصيته، فلذلك لم يصح، وبقيت وصيته لزيد بمائة ولبكر بثلث المال وذلك مائة، فهما متساويان، فكان الثلث بينهما، كما ذكرنا.

فصل

٣٧٩ - إذا أوصى لإنسان بثلث ماله فتلف ماله أو لم يكن له مال، ثم اكتسب، استحق الموصى له ثلثه^(١).

ولو وصى له بثلث غنمه فتلفت قبل موته، بطلت الوصية^(٢).

والفرق: أن الثلث جزء شائع في جميع ما يتمول، ويعتبر الموجود عند الموت لا قبله، بدليل: أنه لو وصى وماله مائة فصار ألفاً، استحق الموصى له ثلثها، فإذا كان الاعتبار بما يملكه عند الموت لم يؤثر فيه التلف قبله^(٣).

بخلاف الوصية بثلث غنمه، لأنها وصية بمعين من المال فتتعلق الوصية بعينه، وتبطل بتلفه^(٤).

فصل

٣٨٠ - إذا أوصى بعد من عبيده مبهم، فله أحدهم بتعيين الورثة^(٥).

ولو وصى بعق عبد مبهم، أخرج بالقرعة^(٦).

والفرق: أن الحق في الوصية مشترك بين الورثة، والموصى له لا يتعداهم، فالموصى له يطلب أعلاهم، والورثة يريدون أن يعطوه أدناهم، وحقيقة لفظ الموصى أحدهم، فينصرف إلى أقلهم قيمة، لأنه اليقين، وما زاد عليه مشكوك فيه فلا يثبت بالشك.

بخلاف ما إذا أعتق أحدهم لا بعينه، فإن المعتق مشترك بين العبيد، وكل منهم يطلب أن يكون هو المعتق، وليس أحدهم أولى من الآخر، فأقرع بينهم، كما لو [١/٤٥] طلق إحدى نسائه لا بعينها، فإنها تخرج بالقرعة^(٧).

(١) انظر: الكافي (٤٧٧/٢)، المقنع (٣٧٩/٢)، الإمتاع (٦٧/٣)، منتهى الإرادات (٥١/٢).

(٢) انظر: المقنع (٣٧٩/٢)، الإمتاع (٦٩-٧٠/٣)، منتهى الإرادات (٥٤/٢).

(٣) انظر: الكافي (٤٧٧/٢).

(٤) انظر: المغني (١٥٤/٦)، الشرح الكبير (٥٦١/٣)، كشاف القناع (٣٧٧/٤).

(٥) انظر: الهداية (٢٢١/١)، المقنع (٣٧٧/٢)، الإمتاع (٦٥/٣)، منتهى الإرادات (٥٠/٢).

(٦) انظر: الكافي (٥٠٦-٥٠٥/٢)، المحرر (٣٨٣/١)، الشرح الكبير (٥٥٣/٣)، الإمتاع (٥٩/٣).

(٧) انظر: الكافي (٢٢١/٣)، الروض المربع (٣٠٦/٢).

واختارها أبو البركات وقدمها، فتصير المسألتان سواء^(١).

فصل

٣٨١ - إذا أوصى بمعين من ماله قيمته قدر الثلث صحت الوصية، سواء رضي الورثة أو سخطوا.

ولو أحب بعض الورثة أن يأخذ معيناً من التركة قيمته قدر نصيبه لم يجز إلا بإذن باقي الورثة.

والفرق: أن الإنسان غير ممنوع من التصرف في الثلث، سواء كان معيناً أو مشاعاً، فلم يكن للورثة منعه من ذلك، فصحت الوصية.

بخلاف المسألة الثانية، فإن الوارث لا يملك إلا جزءاً مشاعاً في جميع المال، فلذلك لم يجز أن يأخذ بتصيبه معيناً من المال إلا برضاهم.

فصل

٣٨٢ - إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلثه أيضاً، ولم يجز الورثة، فالثلث بينهما نصفين، ولو رد أحدهما الوصية وقبل الآخر، استحق جميع الثلث.

ولو وصى بثلثه لاثنتين، فردّ أحدهما وقبل الآخر، لم يستحق إلا نصف الثلث.

والفرق: أنه في الأولى أوصى لكل واحد بثلث ماله، بدليل: أنه لو أجاز الورثة استحق كل منهما ثلثاً كاملاً، وإنما لم يستحقه مع الرد للمزاحمة، فإذا رد أحدهما زالت المزاحمة فأخذ الآخر الثلث كاملاً.

بخلاف الثانية، فإنه أوصى لكل واحد بسدس، فلذلك لم يستحق زيادة عليه^(٢).

فصل

٣٨٣ - إذا تبرع في مرض موته بأكثر من الثلث لجماعة دفعة، ولا عتق فيه، ولم يجز الورثة، تحاصص الجميع في الثلث، وأدخل النقص على كل بقدر حصته من التبرع.

ولو كان تبرعه بالعتق فأعتق عبيدين أو أكثر، قيمتهما أكثر من الثلث، أقرع بين

(١) انظر: المحرر (٣٨٥/١)، الإنصاف (٢٥٦-٢٥٧).

(٢) انظر: المغني (٦٥/٦)، الشرح الكبير (٥٣١-٥٣٢)، كشف القناع (٤/٣٤٩)، مطالب أولي النهى (٤/٤٦٢).

العبيد، فيعتق من قرع إذا خرج من الثلث، ولا يعتق من كل واحد بعضه^(١).
والفرق: أن المقصود من التبرع غير المعتق الملك، وذلك يحصل مع التبعض
فلذلك تحاصروا، لأنه لا مزية لأحدهم على الآخر.
بخلاف العتق، فإن المقصود منه تكميل العتق في أحدهم ليرتب عليه
الأحكام، كصلاحية الولاية والشهادة والقضاء، ولو بعثت الحرية فات المقصود.
ويدل على صحته ما روى عمران بن حصين^(٢) رضي الله عنه: أن رجلاً أعتق
سنة مملوكين لم يكن له مال غيرهم، عاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع
بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقا له قولاً شديداً. رواه الإمام أحمد، ومسلم
وغيرهما^(٣).

فصل

٣٨٤ - إذا أعتق في مرضه عبيدين بكلمة واحدة، قيمة كل منهما قدر الثلث، / [٤٥/ب] فلم يجز الورثة، أقرع بينهما، فمن قرع عتق.
ولو كان اسم أحدهما سالماً، والآخر غانماً، فقال: يا سالم إذا أعتقت غانماً
فأنت حر في حال عتقي إياه، ثم أعتق غانماً في مرض موته، فقد أعتقهما في حالة
واحدة إلا أنه لا يقرع بينهما هنا، بل يعتق غانم، ويرق سالم^(٤).
والفرق: أن عتق سالم في هذه المسألة يتعلق بعتق غانم، فلو قلنا: يقرع لم
نأمن أن يخرج سهم الحرية لسالم فيعتق، ولو عتق لم يعتق غانم، لأن الثلث لا
يحمل إلا أحدهما. وإذا لم يعتق غانم لم يوجد شرط وقوع عتق سالم، فيؤدي إلى
أنه لا يعتق واحد منهما.
وليس كذلك إذا أعتقهما دفعة واحدة بكلمة، لأنه لا تعلق لعتق أحدهما بعتق
الآخر، وقد تساوى في العتق فوجبت القرعة^(٥).

فصل

٣٨٥ - إذا أعتق أمته حاملاً تبعها حملها في العتق، فإن لم يخرجها من الثلث

(١) انظر: (٧٣/٦)، الكافي (٤٨٨/٢)، الشرح الكبير (٤٥٤/٣)، المبدع (٣٩١-٣٩٠/٥)، كشاف القناع (٣٢٦/٤).

(٢) انظر: أسد الغابة (١٣٧/٤)، الإصابة (٢٦/٥).

(٣) (ج) أخرجه مسلم (١٢٨٨/٣) - ح (١٦٦٨)، والإمام أحمد في مسنده (٤٣٦/٤).

(٤) انظر: الكافي (٤٨٨/٢)، المغني (٧٤/٦)، الشرح الكبير (٤٥٤/٣)، كشاف القناع (٣٢٦/٤).

(٥) انظر: الكافي (٤٨٨/٢)، المغني (٧٤/٦)، الشرح الكبير (٤٥٤/٣)، كشاف القناع (٣٢٦/٤).

عتق من الأم بقدر الثلث، وعتق من الولد مثل ذلك، ولا يقرع بين الحمل وأمه إذا كانت قيمتهما متساوية.

ولو أعتق عبيدين في مرضه أقرع بينهما على ما ذكرناه.

والفرق: أن الأم أصل وحملها تبع، فلو أقرعنا بينهم لم نأمن من أن تخرج القرعة على الحمل، فيحتاج أن نعتقه ونرق الأم، فيكون قد رق المباشر بالعتق، وعتق الداخل فيه ضمناً، وذلك لا يجوز، ومتى لم تعتق الأم لم يعتق الحمل. بخلاف ما إذا أعتق عبيدين، فإن كل واحد منهما أصل في نفسه.

فصل

٣٨٦ - إذا أعتق أم ولده فهي من رأس ماله.

ولو أعتق مكاتبته فهي من الثلث^(١).

والفرق: أن أم الولد لا تنتقل إلى الورثة بموته بل تعتق، فعتقه إياها في المرض بمنزلة قضاء دينه فيه.

بخلاف المكاتبية، فإنها تنتقل إلى الورثة، وتؤدي إليهم مال الكتابة، وإن عجزت عادت ملكاً لهم، فهي كالأمة يحسب عتقها من الثلث.

فصل

٣٨٧ - إذا أوصى لإنسان بمائة، ثم أوصى أن يتصدق على فلان بمائة، ثم أوصى أن يباع عبده من فلان ويحبا بمائة، ومقدار ثلث ماله مائة، تحاصوا في ثلث ماله، ولم يقدّم أحدهم على صاحبه^(٢).

ولو وهب في مرض موته مائة لفلان وأقبضه، وتصدق على فلان بمائة وأقبضه، وباع عبده من فلان بمحابة مائة، قدم الأول فالأول^(٣).

والفرق: أن الوصايا عطايا متعلقة بالموت لا تلزم إلا به، والكل في حال اللزوم سواء، فلهذا لم يقدم أحدهم على صاحبه.

بخلاف العطايا المنجزة، فإنها تلزم بالفعل أولاً فاولاً، فلهذا قدم الأول^(٤).

(١) انظر: الهداية (٢١٥/١)، الكافي (٤٨٤/٢)، المحرر (٣٨١/١)، الإمتاع (٥٦/٣).

(٢) انظر: الهداية (٢١٥/١)، المقنع (٣٥٩/٢)، الإمتاع (٤٩/٣)، منتهى الإرادات (٣٨/٢).

(٣) انظر: الهداية (٢١٥/١)، المقنع (٣٤٧/٢)، الإمتاع (٤٣/٣)، منتهى الإرادات (٣٠/٢).

(٤) انظر: الكافي (٤٨٨/٢)، المغني (٧٣/٦).

فصل

٣٨٨ - / إذا أوصى لعبده بجزء مشاع كالثلث صح، وعتق إن خرج من الثلث، [١/٤٦] وإن كانت قيمته أقل من الثلث استحق فاضله، وإن لم يخرج منه عتق منه بمقدار الثلث.

ولو أوصى له بمعلوم كمائة ودار لم يصح^(١). نص عليه.
والفرق: أنه إذا أوصى له بجزء شائع دخلت نفسه فيه، فقد أوصى له ببعض نفسه، والوصية بنفسه تصح، ويعتق ويأخذ ما فضل بعد قيمته من الثلث.
بخلاف الوصية بجزء معلوم، فإن نفسه لا تدخل فيه^(٢).

فصل

٣٨٩ - إذا أوصى لعبده بدابة، أو ثوب لم يصح.
ولو أوصى لمكاتبه بذلك صح^(٣).
والفرق: ما تقدم من أن القن لا تصح الوصية له بجزء معلوم.
وأما المكاتب فإنه يملك، ولا يصير بموت مولاه ملكاً للورثة، بل يطالبونه بمال الكتابة، فهو كما لو أوصى لأجنبي عليه دين^(٤).

فصل

٣٩٠ - إذا أوصى بثلاث ماله، اعتبر ماله عند الموت^(٥).
ولو نذر الصدقة به، اعتبر حالة النذر^(٦). نص عليه.
والفرق: أن الوصية إيجاب للملك بعد الموت، فاعتبر المال حالئذ^(٧).
بخلاف النذر، فإنه إيجاب للصدقة في الحال^(٨).

-
- (١) انظر: الهداية (٢٢٠/١)، الكافي (٤٨٠/٢)، المحرر (٣٨٣/١)، الإمتاع (٥٨/٣).
(٢) انظر: المغني (١٠٩/٦)، الشرح الكبير (٥٣٩/٣)، مطالب أولي النهى (٤٦٩/٤-٤٧٠).
(٣) انظر: الهداية (٢٢٠/١)، الكافي (٤٨٠/٢)، المحرر (٣٨٣/١)، الإمتاع (٥٦/٣).
(٤) انظر: المغني (١١٠/٦)، الشرح الكبير (٥٣٧/٣)، المبدع (٣٣/٦)، مطالب أولي النهى (٤/٤٦٧).
(٥) انظر: الكافي (٤٧٧/٢)، الشرح الكبير (٤٥٦/٣)، المبدع (٣٩٣/٥)، كشف القناع (٣٢٨/٤).
(٦) انظر: الفروع (٣٩٩/٦)، المبدع (٣٣١/٩)، الإنصاف (١٢٨/١١)، الإمتاع (٣٥٩/٤).
(٧) انظر: الكافي (٤٧٧/٢)، الشرح الكبير (٤٥٦/٣)، المبدع (٣٩٣/٥)، كشف القناع (٣٢٨/٤).
(٨) انظر: كشف القناع (٢٧٨/٦).

فصل

٣٩١ - إذا باع في مرضه كرّ حنطة لا مال له سواه، قيمته اثنا عشر ديناراً، بكر شعير قيمته ستة دنانير، فقد حاباً بنصف ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فللورثة الرجوع على المشتري بسدس الكر الحنطة^(١).

ولو كانت بحالها إلا أنه باع الكر الحنطة بمثله رديئاً، قيمته نصف قيمة الحنطة، لم يكن للورثة أخذ سدس كر الحنطة^(٢).

والفرق: أنا لو جعلنا لهم أخذ سدس كر الحنطة مع الكر الرديء أفضى إلى ربا الفضل، لأنه بيع حنطة بحنطة متفاضلاً.

بخلاف الأولى، فإنهما جنسان والتفاضل بينهما جائز.

فصل

٣٩٢ - إذا دبّر عبيدين لا يخرجان من الثلث، فلم يجز الورثة، فأقرع بينهما، فخرج من وقع عليه سهم الحرية مستحقاً، بطل عتقه وعتق الآخر كله إن خرج من الثلث.

ولو دبّر أحدهما مطلقاً، وقال للآخر: أنت حر بعد موتي في الفاضل عن قيمة هذا من الثلث، ولم يخرج من الثلث، ولم يجز الورثة، فخرج الذي دبّره مطلقاً مستحقاً، أو رجع السيد في تدبيره، ومات، بطل عتقه، ولم يعتق من الآخر إلا بقدر ما فضل من الثلث عن قيمة الذي بطل عتقه^(٣).

والفرق: أنه في الأولى دبرهما جميعاً، فكل واحد منهما أصل في التدبير إلا أنه لم يتقدم عتقهما لأجل المزاحمة، فإذا استحق أحدهما بطل عتقه، وزالت المزاحمة وتوفر / الثلث على الآخر، فلهذا عتق كله، كما لو دبرهما ثم رجع في تدبير أحدهما.

بخلاف الأخرى، فإنه لم يعتق الثاني إلا من الفاضل عن مقدار قيمة المدبر مطلقاً، فحصر عتقه في ذلك القدر، فلا نعيده إلى غيره، سواء تقدم عتق الأول أو بطل.

(١) انظر: الشرح الكبير (٣/٤٥٥)، المبدع (٥/٣٩٢)، الإنصاف (٧/١٧٥)، كشف القناع (٤/٣٣٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٣/٤٦٢)، المبدع (٥/٣٩٩)، الإنصاف (٧/١٧٥)، كشف القناع (٤/٣٣١).

(٣) انظر: المغني (٦/١٣٣)، الشرح الكبير (٣/٥٤٦).

فصل

٣٩٣ - إذا دبر عبداً قيمته تخرج من الثلث، فحكم بعثقه بموت سيده، ثم خرج نصفه مستحقاً بطل العتق، ولم يقوم هذا النصف على الميت.
ولو أعتق في مرض موته عبداً يخرج من ثلثه، ثم خرج نصفه مستحقاً فُؤم النصف عليه^(١).
والفرق: أن عتقه في المرض نفذ في حالة يملك فيها فُؤم عليه، كعتقه في الصحة.

بخلاف الأخرى، فإن عتق المدبر إنما ينفذ بعد الموت، وتلك حالة لا ملك للسيد فيها، فلم يقوم عليه، كما لو كان معسراً^(٢).

فصل

٣٩٤ - يجوز للوصي في مال اليتيم أن يأكل مع الفقر من ماله بمقدار عمله إذا كان شغله به يمنعه من التكسب لكفايته^(٣).
ولو وصى بفرقة ثلثه في المساكين والوصي منهم، لم يجز له أخذ شيء لعمله، ولا مسكته^(٤).
والفرق: أن الوصي في فرقة المال مأذون له في الإخراج لا في الأخذ، فلذلك لم يجز له الأخذ^(٥).
بخلاف الوصي على اليتيم، فإنه عامل في ماله، فجاز له الأخذ، كالعامل على الصدقات^(٦).

كتاب النكاح

فصل

٣٩ - إذا تزوج العبد بغير إذن سيده، وقلنا: يقف على إجازته، فأعتقه، جاز النكاح.

(١) انظر: الكافي (٥٧٨/٢)، المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٣٧٥/٦)، الإنصاف (٤٢٩/٧).

(٢) انظر: الكافي (٥٧٨/٢)، المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٣٧٥/٦)، الإنصاف (٤٢٩/٧).

(٣) انظر: الهداية (٢١٨/١)، الكافي (١٨٩/٢)، المحرر (٣٤٧/١)، الإمتاع (٢٢٨/٢).

(٤) انظر: المقنع (٣٩٨/٢)، المحرر (٣٩٣/١)، الإمتاع (٨٠/٣)، متبى الإرادات (٦٧/٢).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٥٩٠/٣)، المبدع (١٠٩/٦)، كشاف القناع (٤٠٠/٤).

(٦) انظر: الشرح الكبير (٥٧/٢)، المبدع (٣٤٥/٤)، كشاف القناع (٤٥٥/٣).

ولو اشترى شيئاً بغير إذنه، فأعتقه، لم يجز الشراء^(١).
والفرق: أن عقد النكاح أوجب الحل، بدليل: ما لو كان بإذن سيده وعقده، كان^(٢) نافذاً، وإنما امتنع لحق المولى، فإذا زال حقه بالعتق صح ولزم.
بخلاف الشراء، فإن العقد أوجب الملك للسيد، بدليل: أنه لو كان بإذنه حصل الملك له، وبعد العتق لم يتجدد للعبد ملك، فلو نفذناه لكان غير ما أوجبه العقد، وذلك لا يجوز، فافتراقاً^(٣).

فصل

٣٩٦ - قد ذكرنا: أنه إذا أعتقه جاز النكاح.
ولو أذن له في التزويج لم ينفذ ذلك العقد حتى يجيزه السيد^(٤).
والفرق: ما تقدم من أن العقد إنما كان لحق السيد، فإذا أعتقه زال حقه.
وأما إذنه في التزويج فلا يزيل حقه، لأن الحق له قبل الإذن وبعده، فلا يصير الحق للعبد، فلم ينفذ النكاح بذلك، نعم بالإذن يملك العبد ابتداء النكاح، فيملك إجازته كالحر.

فصل

٣٩٧ - إذا أذن لعبده أن يتزوج، ويكون الصداق رقبته، وكانت الزوجة أمة صح.
وإن كانت حرة لم يصح^(٥).
والفرق: أنها إذا كانت / أمة لا تملك المهر، وإنما يملكه سيدها، وملك السيد رقة زوج أمته لا يبطل النكاح. [II/٤٧]
بخلاف ما إذا كانت حرة، فإنها تملك المهر بالعقد، وملك المرأة رقة زوجها يبطل النكاح.

فصل

٣٩٨ - إذا زوج أمته، ثم أعتقها، ثبت لها الخيار في الفسخ عبداً كان زوجها

(١) انظر: الإنصاف (٢٥٦/٨).

(٢) انظر: فروق الكرابسي (١٢٦/١).

(٣) انظر: فروق الكرابسي (١٢٦/١).

(٤) انظر: الهداية (٢٦٤/١)، المقنع (٨١/٣)، الفروع (٢٦٨-٢٦٩/٥)، الإمتاع (٨١/٣).

(٥) انظر: الفروع (٢٧١/٥)، المبدع (١٥٠/٧)، الإنصاف (٢٦١/٨)، كشاف القناع (١٤٠/٥)، وجاء في المغني (٦٣/٦)، والشرح الكبير (٢٣٩/٤).

أو حراً، على رواية^(١).

ولو زوج عبده، ثم أعتقه لم يكن له الخيار^(٢).

والفرق: أن الأمة يملك سيدها إجبارها على النكاح، فبالعتق يزول الإيجاب ويخلفه الاختيار، كالصغيرة يزوجهها غير الأب إذا بلغت.
بخلاف العبد، فإن سيده لا يملك إجباره على النكاح.

فصل

٣٩٩ - إذا ترافع زوجان إلى حاكم فأقرا بالزوجية، ثم تجاحداها واختلفا في حق من حقوق الزوجية، وأقاما بينة على النكاح، حكم بالنكاح من غير بحث عن عدالة الشهود.

ولو اختلفا في أصل النكاح، وتجاحداها، وأقام الزوج بينة به، افتقر الحكم به إلى البحث عن عدالة شهوده. ذكرهما في المجرد.
والفرق: أن النكاح في الأولى ثبت بإقرارهما، فلا حاجة إلى البحث عن الشهود.

بخلاف الثانية، فإنه ثبت بالشهادة فلا بد من معرفة العدالة.

فصل

٤٠٠ - للأب أن يزوج عبد ابنه الصغير من أمته، ويزوج أمته من غير عبده^(٣).
وليس له أن يزوج عبده من غير أمته. ذكره ابن البناء.
والفرق: أن تزويج العبد يلزم الصغير ضماناً، وهو المهر من غير بدل، فلم يجز، كالشروع بماله.
وأما تزويج الأمة فإنه يلزمه ضماناً لكن ببدل، وهو المهر.

فصل

٤٠١ - إذا أعتقا أمة لم يجز لأحدهما تزويجها بغير إذن الآخر^(٤).

(١) انظر: المغني (٦/٦٥٩)، المحرر (٢/٢٦)، الإنصاف (٨/١٧٦-١٧٧)، الإمتاع (٣/١٩٥).

(٢) انظر: المغني (٦/١٦٦)، الشرح الكبير (٤/٢٥٥)، الإنصاف (٨/١٧٧)، الإمتاع (٣/١٩٧).

(٣) انظر: المغني (٦/٤٦٧)، الشرح الكبير (٤/١٨٨)، كشف القناع (٥/٤٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٤٦٩)، الشرح الكبير (٤/١٨٩)، كشف القناع (٥/٥٣).

ولو كان لحره أخوان زوجها أحدهما^(١).
والفرق: أن كل واحد من المعتقين لا ولاية له إلا على قدر ما أعتق، فلم يجز أن يزوجه وحده، لأنه يكون مزوجاً لمن لا ولاية له عليه^(٢).
بخلاف الأخوين، فإن كل واحد منهما أخ لها، فيصح انفراد بتزويجها، كما لو كان وحده^(٣).

فصل

٤٠٢ - قد تقدم أن أحد المعتقين لا يجوز له الانفراد بتزويج المعتقة.
ولو أعتق جارية ومات، وله ابنان، جاز لكل منهما الانفراد بتزويجها^(٤).
والفرق: ما تقدم قبله.
فإن أعتق اثنان عبداً، ثم أعتق جارية، ثم مات، لم ينفرد أحد معتقيه بتزويجها، كما لو أعتقهما، لأن ولاءهما عليهما كولايتهما على معتقها.
فإن أعتق نصف أمة وبقي الباقي رقيقاً، لم يجز لمعتق نصفها، ولا لمالك باقيها، ولا لنسيبها الحر الانفراد بتزويجها، رضى أو أكرهت، لأن مالك نصفها لا ولاية له على الحر منها، ومعتقها ونسيبها / الحر لا ولاية لأحدهما على ما هو مملوك، نعم يتفقون، ويأذنون فيه، ويفعل.

فصل

٤٠٣ - يجوز للأب تزويج ابنه الصغير بحرة.
ولا يجوز بأمة.
والفرق: أن الحرية يجوز للحر أن يتزوجها مطلقاً، فإذا رأى المصلحة لابنه في تزويجه صح.
بخلاف الأمة، فإنه لا يجوز للحر أن يتزوجها إلا عند خوف العنت، وعدم الطول، وخوف العنت لا يتصور من الصغير^(٥).

(١) انظر: الكافي (١٣/٣)، المحرر (١٧/٢)، الشرح الكبير (٤/١٩٧)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢١).

(٢) انظر: المغني (٦/٤٦٩)، الشرح الكبير (٤/١٨٩)، كشف القناع (٥/٥٣).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/١٩٧)، المبدع (٧/٤١)، كشف القناع (٥/٥٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٤٦٩)، الشرح الكبير (٤/١٨٩)، الإمتاع (٣/١٧٢).

(٥) انظر: المغني (٦/٥٠١)، الشرح الكبير (٤/١٧٣-١٧٤)، كشف القناع (٥/٤٢-٤٣).

فصل

٤٠٤ - سكوت البكر رضى .

بخلاف الثيب^(١) .

والفرق : أن الشارع جعل سكوتها قائماً مقام إذنها نطقاً ، فقال ﷺ : «البكر تستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها» مختصر رواه الإمام أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وغيرهم^(٢) .

ولأن البكر تستحي غالباً .

بخلاف الثيب ، فإنها لا تستحي غالباً^(٣) .

فصل

٤٠٥ - إذا زوجت المرأة أمها لم يصح^(٤) .

ولو باعتهما صح .

والفرق : أن البيع تصرف في ملك الرقبة دون البضع . بدليل : أنه يجوز للرجل أن يشتري من لا يحل له وطؤها كأمه وأخته ، ويجوز شراء الأمة المزوجة والمعتدة ، ويشتري المحرم الإمام^(٥) ، ولو كان ذلك تصرفاً في البضع لم يجز شيء منه ، وإنما يملك المشتري الانتفاع بالبضع لكونه من فوائد ملك الرقبة ، فهو كالاستخدام ، والشئ قد ينبنى عليه أحكام لا تثبت بمثل ما ثبت هو به . ألا ترى الملك لا يثبت بشهادة النساء^(٦) ولو كن ألقاً ، ولو شهدت بالولادة امرأة واحدة

(١) انظر : الهداية (٢٤٨/١) ، المحرر (١٥/٢) .

(٢) (ج) أخرجه البخاري (٢٥٥٦/٦) - ح (٦٥٧٠) ، ومسلم (١٠٣٧/٢) - ح (١٤٢١) ، وابن حبان في صحيحه (٣٩٥/٩) - ح (٤٠٨٤) ، وأبو نعيم في مستخرجه على مسلم (٨٦٨٥/٤) - ح (٣٣٠٨) بتحقيقنا ، والترمذي (٤١٦/٣) - ح (١١٠٨) ، والدارمي (١٨٦/٢) - ح (٢١٨٨) ، والبيهقي في الكبرى (١١٥/٧) - ح (١٣٤٣٩) ، والدارقطني في سننه (٢٣٨/٣) برقم (٦٤) ، والشافعي في مسنده (١٧٢/١) ، وأبو داود (٢٣٢/٢) - ح (٢٠٩٨) ، والنسائي في الكبرى (٢٨٠/٣) - ح (٥٣٧١) ، والإمام مالك في موطنه (٥٢٤/٢) - ح (١٠٩٢) ، والإمام أحمد في مسنده (١/٢١٩) - ح (١٨٨٨) .

(٣) انظر : المغني (٤٩٤/٦) ، الشرح الكبير (١٨١/٤) ، كشاف القناع (٤٧/٥) ، مطالب أولي النهى (٥٧/٥) .

(٤) انظر : الهداية (٢٤٨/١) ، الكافي (١١/٣) ، المحرر (١٦/٢) ، كشاف القناع (٤٩/٥) .

(٥) انظر : المغني (٣٤١/٣ ، ٥٨٤/٦ ، ٥٨٧) ، الشرح الكبير (١٦٣/٢ ، ٢١٩/٤ ، ٢٢١) ، الإمتاع (١/٢٦٤ ، ٣/١٨٤) .

(٦) انظر : المقنع (٧٠٨/٣) ، منتهى الإرادات (٦٧٠/٢) .

ثبت بشهادتها^(١)، وابنى عليه ثبوت النسب، واستحقاق الإرث، وإذا ثبت أن البيع تصرف في الرقبة فيصح من المرأة، كبيع سائر أموالها.

بخلاف التزوج، فإنه تصرف في البضع، وذلك لا يصح منها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج نفسها»، رواه ابن ماجه والدارقطني.

ولأنها مولى عليها في النكاح، فلم تكن ولاية فيه، كالصغيرة^(٢).

فصل

٤٠٦ - إذا قال السيد لأمته بحضرة شاهدين: أعتقتك وجعلت عتقك صداقك، انعقد النكاح.

ولو قال: أعتقتك على أن تتزوجي بي، ويكون عتقي إياك صداقك، وقع العتق، ولم ينعقد النكاح.

والفرق: أنه في الأولى أتى بلفظ ينبيء عن عقد النكاح، وهو قوله: أعتقتك، وجعلت عتقك صداقك، فهذا كناية عن الإيجاب والقبول، وهو الولي، وله تولي طرفي العقد/ فإذا أتى بذلك اللفظ بحضرة شاهدين انعقد النكاح. [II/٤٨]

بخلاف المسألة الأخرى، فإنه لم يأت بلفظ ينبيء عن عقد النكاح، بل أعتقها، وشرط عليها أن تتزوج به فيما بعد، فلم ينعقد النكاح، كما لو قال: أعتقتك على أن تعطيني ألفاً^(٣).

فصل

٤٠٧ - إذا قال لأمته: أعتقتك على أن تتزوجي بي، وعتقك صداقك فأبت، لزمها قيمة نفسها لسيدها^(٤).

ولو قالت المرأة لعبدها ذلك فأبى، لم يكن لها عليه شيء^(٥).

والفرق: أنه شرط عليها في الأولى أن تتزوج به، فيحصل له من جهتها منفعة

(١) انظر: المقنع (٧١٠/٣)، منتهى الإرادات (٦٧١/٢).

(٢) انظر: المغني (٤٤٩-٤٥٠/٦)، الشرح الكبير (١٨٣/٤).

(٣) انظر: المغني (٥٢٧-٥٢٩/٦)، الشرح الكبير (٢٠٢/٤)، كشاف القناع (٦٤-٦٣/٥)، مطالب أولي النهى (٧٩٧٨/٥).

(٤) انظر: المغني (٥٢٩/٦)، الشرح الكبير (٢٠٢/٤)، الإمتاع (١٧٨/٣).

(٥) انظر: الهداية (٢٦٤/١)، المحرر (٣٣/٢)، الإنصاف (٢٤٣/٨)، منتهى الإرادات (٢٠٣/٢).

واستمتاع، فإذا لم يحصل له ما شرط رجع عليها بقيمة الرقبة^(١). وفي الثانية، شرطت على العبد أن يحصل لها من جهته تمليك البضع والاستمتاع، فهذا لم تستحق عليه شيئاً^(٢). ذكره في المجرد.

وفرق أبو عبد الله السامري: بأن السيد اشترط ماله قيمة وهو بضعها، ولهذا إذا استوفيت منافعه ضمنت بالمال، فكأنه أعتقها على مال.

بخلاف المسألة الأخرى، فإنها لم تشترط عليه ماله قيمة، لأن بضع العبد لا قيمة له، ولهذا لا تضمن منافعه بالمال، فكأنها أعتقته مطلقاً، فلا يلزمه شيء.

قلت: وإنما كان بضع المرأة متقوماً دون بضع الرجل، لأن المرأة موضوعة للمتعة، بخلاف الرجل.

فصل

٤٠٨ - إذا ادعت امرأة أن فلاناً زوجها فأنكر، فشهد شاهدان بذلك، فردت شهادتهما لفسق أو غيره، لم يجز لأحدهما أن يتزوجها.

ولو ادعى العبد أن سيده أعتقه فأنكر، فشهد له شاهدان، فردت شهادتهما، جاز لأحد الشاهدين شراؤه.

والفرق: أن العبد محكوم لسيده بملكه، فصح بيعه من جهته، والمشتري له يستنقذه من يد من يعتقد أنه ظالم ببقاء يده عليه، وهو السيد، فصح، كاستنقاذ الأسير.

بخلاف ما إذا أراد أن يتزوجها من شهد بتزويجها من غيره، لأنه يستبيح فرجاً حراماً في اعتقاده. فلم يجز، كما لو قال لامرأة: أنت أختي من الرضاع، فإنه لا يجوز أن يتزوجها، فظهر الفرق.

فصل

٤٠٩ - يملك السيد إجبار أمته البالغة على النكاح.

ولا يملك إجبار عبده البالغ.

والفرق: أن منافع بضع الأمة مملوكة لسيدها، فملك نقلها إلى زوج، كالبيع.

بخلاف العبد، فإن سيده لا يملك منافع بضعه، فلم يكن له التصرف فيها، على

(١) انظر: المغني (٥٣٠/٦)، الشرح الكبير (٢٠٢/٤)، كشف القناع (٦٤/٥).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٢٩٦/٤)، المبدع (١٤١/٧)، شرح منتهى الإرادات (٦٧/٣)، مطالب أولي النهى (١٨١/٥).

[٤٨/ب] أن العبد يلزمه بالنكاح مال، وليس للسيد إلزام ذمة عبده مالاً بغير اختياره، كما/ لا يملك إجباره على الكتابة^(١).

فصل

٤١٠ - إذا زوج أمته أو بنته المجبرة بعبده الصغير، جاز له أن يتولى طرفي العقد^(٢).

ولو أراد تزوج بنت عمه بإذنها وولايته، لم يجز له تولي الطرفين^(٣).
والفرق: أنه في الثانية إنما ملك العقد بالإذن، لا بالإجبار، فلا يجوز أن يتولى طرفي العقد، كالوكيل في البيع^(٤).
بخلاف الأولى، فإنه إنما ملك بالإجبار.
ثم إنه في الأولى عاقد لنفسه، وفي الثانية عاقد لغيره^(٥).

فصل

٤١١ - يجوز للعبد تزوج جارية ابنه.
ولا يجوز للحر^(٦).
والفرق: أن الحر يملك، وله في جارية ابنه شبهة ملك يسقط عنه بها الحد بوطئها، فلم يجز أن يتزوجها، كالمشتركة.
بخلاف العبد، فإنه لا يملك، فهو كالأجنبي^(٧).

فصل

٤١٢ - يحرم على الأب الحر تزوج جارية ابنه.

(١) انظر: المغني (٦/٥٠٦-٥٠٤)، الشرح الكبير (٤/١٧٦)، المبدع (٧/٢٤-٢٥)، كشاف القناع (٥/٤٥-٤٤).

(٢) انظر: الهداية (١/٢٥٠)، المقنع (٣/٢٦)، المحرر (٢/١٨)، الفروع (٥/١٨٥).

(٣) انظر: المغني (٦/٤٧٠)، الإنصاف (٨/٩٦)، الفروع (٥/١٨٥)، منتهى الإرادات (٢/١٦٥).

(٤) انظر: الكافي (٣/٢٠)، المغني (٦/٤٧١)، الشرح الكبير (٤/٢٠٠).

(٥) المغني (٦/٤٧١)، الشرح الكبير (٤/٢٠٠)، كشاف القناع (٥/٦١)، مطالب أولي النهى (٥/٧٦).

(٦) الهداية (١/٢٥٤)، المقنع (٣/٤٢)، المحرر (٢/٢٢)، منتهى الإرادات (٢/١٧٨).

(٧) المغني (٦/٦١٠)، الشرح الكبير (٤/٢٣٣)، كشاف القناع (٥/٨٨)، مطالب أولي النهى (٥/١١٦).

ولا يحرم على ابنه الحر تزوج أمة أبيه^(١).
والفرق: ما سبق من أن للأب في مال ابنه شبهة ملك.
وليس للابن في مال أبيه تلك الشبهة^(٢).

فصل

٤١٣ - إذا تزوج رجل امرأة، وابنه بنتها، فزفت زوجة كل منهما إلى الآخر جهلاً وخطأ، وعُلِمَ الواطيءُ منهما أولاً، انفسخ بوطء الأول نكاح كل منهما، وحرمت زوجته عليه على التأبيد، ولزمه للتي وطئها مهر مثلها، ويلزم الواطيءُ أولاً لزوجه أولاً نصف ما سمي لها.

ولا يلزم الواطيءُ أخيراً شيء مما سمي لزوجه.
بيان ذلك، وبه يحصل الفرق: أن الأولى إذا وطئت وكان واطئها الأب، فإنها تصير منكوحة أبي زوجها، وإن كان الابن فإنها تصير حليلة ابن زوجها، وكل منهما حرام عليه على التأبيد، فلذلك انفسخ النكاحان، وتصير زوجة الواطيء أولاً بوطء زوجها للأخرى أم زوجته، أو ربيته قد دخل بأمرها، لأنه بهذا الوطء تصير الموطوءة أولاً بمنزلة زوجة دخل بها، فتحرم عليه أمها وينتهد على التأبيد، ويلزم لكل واحد مهر المثل للتي وطئها، لكونه وطئ أجنبية بشبهة، ويلزم الواطيء الأول نصف مسمى زوجته لحوصول الفرقة قبل الدخول بسبب من جهته، كما لو طلقها، ولا يلزم الأخير شيء من مسمى زوجته لحوصول الفرقة بسبب من جهتها، وهو تمكينها من نفسها، فلذلك لا شيء عليه، فظهر الفرق.

وأما مع الجهل بأسبقهما وطأ، فالحكم كما ذكرنا، إلا أن كلاً منهما يلزمه نصف المسمى، لأن الأصل وجوبه، فلا يسقط بالشك^(٣).

فصل

٤١٤ - إذا اشترى أمة، ثم اشترى أختها لأمرها، ثم لأبيها/ لم يجز له الجمع [١١/٤٩] بينها وبين إحدى أختيها^(٤).
ويجوز له ذلك بين أختيها^(٥).

(١) الهداية (١/٢٥٤)، الكافي (٣/٥٠)، الفروع (٥/٢١٠)، الإمتاع (٣/١٨٩).

(٢) انظر: المغني (٦/٦١١)، الشرح الكبير (٤/٢٣٤)، كشف القناع (٥/٨٨).

(٣) انظر: المغني (٦/٨٩٠)، الشرح الكبير (٤/٢٢٢)، كشف القناع (٥/٨٩).

(٤) انظر: المغني (٦/٥٨٤)، الشرح الكبير (٤/٢١٩)، المبدع (٧/٦٤)، الإمتاع (٣/١٨٤).

(٥) انظر: المبدع (٧/٦٣)، الإنصاف (٨/١٢٣)، الإمتاع (٣/١٨٤)، منتهى الإرادات (٢/١٧٣).

والفرق: أن كل واحدة منهما أخت الأولى، وليست أختاً للأخرى، بل أخت أختها، فافترقا.

فصل

٤١٥ - بنت الربية محرمة كأُمها^(١).

وبنت حليمة الابن، وزوجة الأب غير محرمة^(٢). نص عليه.

والفرق: أن الربية حرمت لمشقة التحرز من النظر إليها، والخلوة بها، لكونها في بيته، وهذا المعنى موجود في بنتها وإن سفلت، فشاركتها في التحريم. بخلاف الأخرين، فإنهما حرمتا عليه بعقد النكاح عليهما، وهذا غير موجود ببنتها، فلم يشاركوها في التحريم^(٣)، فافترقا، ذكره القاضي.

فصل

٤١٦ - إذا عقد نكاحاً على امرأة، وعقد عقداً آخر على ثنتين، وعقداً آخر على ثلاث، وجعل الأول، صح نكاح المفردة دون غيرها. ولو كان موضع الثلاث أربع بطل نكاح الجميع.

والفرق: أن نكاح الواحدة صحيح يقيناً بكل حال، لأنه إذا كان هو الأول فهو صحيح، وإن كان قبله نكاح الثنتين كانت الواحدة ثالثتها فيصح، وإن كان قبله نكاح الثلاث كانت رابعتهن فيصح نكاحها، وإن كان نكاحها آخر العقود، وسبق نكاح الثنتين نكاح الثلاث صح السابق، وبطل الآخر، لكونه جاوز به أربعاً، وإن سبق الثلاث الثنتين صح الثلاث، وبطل الآخر لما ذكرنا، فنكاح المفردة صحيح على التقديرين، لأنها ثالثة أو رابعة.

بخلاف ما إذا كان موضع الثلاث أربع، فإنه إن كان عقد الأربع أولاً صح، وبطل ما بعده، وإن كان أخيراً بطل وصح ما قبله، وإن كان وسطاً بطل، وصح ما قبله وما بعده، فإذا أشكل بطل الجميع لأنه ليس عقد الأربع أولى بالصحة من غيره، فبطل الكل.

فصل

٤١٧ - إذا كان له زوجتان: مسلمة ويهودية، فقال لليهودية: أسلمت،

(١) انظر: المغني (٦/٥٦٩)، الشرح الكبير (٤/٢١٢)، المبدع (٧/٥٩)، الإمتاع (٣/١٨٢).

(٢) انظر: الكافي (٣/٤٥)، الشرح الكبير (٤/٢١٢)، المبدع (٧/٥٩)، مطالب أولي النهى (٥/٩٢).

(٣) انظر: المغني (٦/٥٧٦).

وللمسلمة: ارتددت، فكذبته، انفسخ نكاحهما إن كان قبل الدخول.

وإن كان بعده ثبت نكاح المسلمة، ووقف نكاح اليهودية على انقضاء عدتها، فإن انقضت عدتها قبل أن تسلم بانت.

والفرق: أن الزوج أقر بما يوجب فسخ نكاحهما، فلزمه حكم إقراره، وينفسخ نكاح المسلمة باعترافه بردتها، ويبطل نكاح اليهودية بردتها، لأنه يقول: أسلمت، فهي بجحودها للإسلام مرتدة، فلذلك انفسخ نكاحها.

بخلاف ما بعد الدخول، فإن المسلمة بتكذيبها للزوج عائدة إلى الإسلام في عدتها، فصار كما لو لم ترتد، فثبت نكاحها، واليهودية إن أسلمت في عدتها ثبت نكاحها، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها بانت منه، لأنه أقر بسبب البينونة/ كما [٤٩/ب] بينا، فلزمه حكم إقراره.

فصل

٤١٨ - إذا أسلم مجوسي له زوجة مجوسية دخل بها، لم يجز أن يتزوج أختها المسلمة حتى تقضي عدتها.

ولو أسلمت الزوجة وبقي هو على دينه، فتزوج أختها في عدتها، ثم أسلم قبل انقضاء عدتها صح، فإن أسلمت الثانية اختار إحداهما^(١).

والفرق: أنه في الأولى تزوج أختها وهو مسلم، وليس لمسلم نكاح امرأة في عدة أختها.

وفي الثانية تزوج بها كافراً، فهو كما لو تزوج الأخت قبل إسلام أختها، ثم أسلموا جميعاً.

فصل

٤١٩ - إذا أسلمت زوجة الكافر بعد الدخول، فلها نفقة العدة.

ولو أسلم الزوج وحده، لم تستحق نفقة العدة^(٢).

والفرق: أنها بإسلامها فعلت فرضاً لا يجوز لها تأخيرها، فلا تسقط نفقتها بذلك، كما لو صامت، ويمكن زوجها تلافي نكاحها بإسلامه، فإذا لم يفعل كان تاركاً لحقه، ولزمه النفقة كالرجعية.

بخلاف ما إذا أسلم هو وبقيت على الكفر، فإنها معتدة لا يمكنه تلافي سبب

(١) انظر: المغني (٦/٥٥٤)، الكافي (٣/٤١)، الشرح الكبير (٤/٢٢٤).

(٢) المقنع (٣/٦٦)، المحرر (٢/٢٨)، الإمتاع (٣/٢٠٤)، منتهى الإرادات (٢/١٩٤).

فسخ نكاحها، فلم يلزمه نفقة عدتها، كالمطلقة ثلاثاً^(١).

فصل

٤٢٠ - إذا أسلم الكافر وتحت إماء قد دخل بهن، وقلنا: الفرقة تقف على انقضاء العدة^(٢)، فأسلمت واحدة منهن بعد إسلامه، ثم عتقت ثم أسلمن، كان له أن يختار منهن كلهن.

ولو أعتقت إحداهن في حال كفرها، ثم أسلمت، ثم أسلم البواقي، لم يكن له التخيير من الإماء.

والفرق: أنها في الأولى اجتمعت معه في حال الإسلام وهي أمة، والباقي إماء، ثم طرأ العتق بعد ذلك، فلم يفصلهن حال الاجتماع معه في الإسلام، فهذا يتخير من الجميع.

بخلاف ما إذا أعتقت في حال الكفر، ثم أسلمت، ثم أسلمن، فإنها اجتمعت معه في الإسلام حرة، فصار كما لو أسلم وعنده حرة وإماء، فإنه يبطل نكاح الإماء، لأنه مستغن بالحررة عن التزويج بالإماء^(٣).

فصل

٤٢١ - إذا أسلم وتحت خمس نسوة، فطلق إحداهن، كان اختياراً لها. ولو ظاهر منها، أو آلى، أو قذفها، لم يكن اختياراً^(٤).
والفرق: أن الطلاق لا يكون إلا لزوجة، فيكون اختياراً.
بخلاف الظهار والإيلاء، والقذف، فإنه يكون لزوجة وأجنبية^(٥)، فلم يتضمن اختياراً^(٦).

فصل

٤٢٢ - إذا قال لموليتي: أريد أن أزوجك فلاناً، فقالت: غيره أولى، لم يكن إذناً.

(١) انظر: المغني (٦/٦٣٩-٦٤٠)، الشرح الكبير (٤/٢٧٢)، كشف القناع (٥/١٢٠)، مطالب أولي النهى (٥/١٦١-١٦٢).

(٢) المقنع (٣/٦٤)، المحرر (٢/٢٨)، الإنصاف (٨/٢١٣)، الإمتاع (٣/٢٠٤).

(٣) انظر: الكافي (٣/٨٠)، المغني (٦/٦٣٠)، الشرح الكبير (٤/٢٨٣)، كشف القناع (٥/١٢٧).

(٤) انظر: الهداية (١/٢٦٠-٢٦١)، الكافي (٣/٧٦-٧٧)، الإنصاف (٨/٢٢٢)، الإمتاع (٣/٢٠٦).

(٥) انظر: الكافي (٣/٢٣٨، ٢٥٥)، الإنصاف (٩/١٨١، ٢٠٢)، الإمتاع (٤/٧٩، ٨٤).

(٦) انظر: المغني (٦/٦٢٢-٦٢٣)، الشرح الكبير (٤/٢٧٧-٢٧٨)، المبدع (٧/١٢٤-١٢٥).

ولو زوجها، ثم قال ذلك، فقالت: قد كان غيره أولى، كان إجازة.
والفرق: أنها في الأولى أخبرت أن رأيها غير ذلك العقد، فلم تكن راضية به،
فلم تكن آذنة.

بخلاف الثانية/، فإنها أخبرت بأنها ترى غيره، ولكن سكتت عن رده، فكان [١/٥٠] إمضاء.

فصل

٤٢٣ - إذا أرادت المرأة أن تتزوج بعنّين^(١)، أو مجبوب^(٢)، لم يكن لوليها منعها.

ولو كان أبرص^(٣) أو مجنوناً، أو مجذوماً^(٤)، كان له منعها من التزويج به^(٥).
والفرق: أن ضرر الأول يختص الزوجة دون عشيرتها، فلم يكن له الاعتراض عليها فيه.

بخلاف الجنون والبرص والجذام، فإن ضرره يلحق العشيرة، لأن عليهم عاراً في تزويج حرماتهم بمن هذه حاله، ولها في ذلك من منع الأنس به، والاجتماع به، وقد يعدي فيضر الولد^(٦).

فصل

٤٢٤ - إذا اختارت المرأة فسخ نكاحها لأجل عيب زوجها قبل الدخول والخلوة وسقط مهرها^(٧).

ولو عتقت تحت عبد، فاختارت الفسخ قبلهما، لم يسقط، بل يجب نصفه^(٨).
في رواية اختارها أبو بكر^(٩).

(١) انظر: لسان العرب (١٣/٢٩٠)، المصباح المنير (٢/٤٣٣).

(٢) انظر: لسان العرب (١/٢٤٩).

(٣) الأبرص: من أصيب بداء البرص. انظر: لسان العرب (٧/٥).

(٤) المجذوم: من أصيب بداء الجذم. انظر: لسان العرب (١٢/٨٧).

(٥) انظر: الهداية (١/٢٥٧)، المقنع (٣/٦٠)، المحرر (٢/٢٦)، منتهى الإرادات (٢/١٩١).

(٦) انظر: المغني (٦/٦٥٨)، الشرح الكبير (٤/٢٦٦)، المبدع (٧/١١٢-١١٣)، شرح المتقى (٣/٥٣، ٥٤).

(٧) انظر: الهداية (٢/٢٥٧)، المقنع (٣/٥٩)، المحرر (٢/٢٦)، منتهى الإرادات (٢/١٨٥).

(٨) انظر: المقنع (٢/١٥٤)، الإنصاف (٨/١٨٢).

(٩) انظر: المقنع (٢/٥٤)، الإنصاف (٨/١٨٢).

والأخرى: يسقط، اختارها الخرقى^(١).

والفرق: أن المهر في الأولى خالص حقها، فإذا كانت الفرقة من جهتها سقط مهرها، كما لو ارتدت^(٢).

بخلاف الثانية، فإن المهر خالص حق السيد، فلا يسقط إلا بسبب من جهته، كسائر حقوقه^(٣).

فصل

٤٢٥ - إذا فسخ نكاح الزوجة بعدما دخل بها، لزمه المهر^(٤).

ولو ردّ الجارية المشتراة بعيب بعد وطئها، لم يلزمه شيء^(٥).

والفرق: أن الوطء في النكاح معقود عليه، فهو أحد العوضين، فإذا استوفاه لزمه ما في مقابلته، كالعوض في البيع^(٦).

بخلاف وطء المبيعة، فإنه غير معقود عليه في البيع، بل العقد على رقبتها، فافترقا.

فصل

٤٢٦ - إذا عتقت الأمة تحت عبد فوطئها، سقط خيارها إن كانت بالغة عاقلة.

وإن كانت صغيرة أو مجنونة، لم يسقط.

والفرق: أن العاقلة البالغة لها فعل واختيار، وإذا لم تفسخ أو مكنته كان دليلاً على رضاها.

بخلاف الصغيرة والمجنونة، فإنه لا يصح اختيارها للمقام معه، ولا للفسخ، فإذا كان صريح الاختيار لا يصح، فأولى أن لا يصح ما دل عليه^(٧).

فصل

٤٢٧ - إذا مكنته من وطئها مدعية للجهل بعقدها، ومثلها يجهله، لم يسقط خيارها.

(١) انظر: المقنع (٥٤/٢)، المحرر (٢٦/٢)، الإنصاف (١٨٢/٨)، منتهى الإرادات (١٩٠/٢).

(٢) انظر: الكافي (٦٢/٣)، المغني (٦٥٥/٦)، الشرح الكبير (٢٦٣/٤)، المبدع (١١٠/٧).

(٣) انظر: المغني (٦٦٤/٦)، الكافي (٦٨/٣)، الشرح الكبير (٢٥٤/٣).

(٤) انظر: الهداية (٢٥٧/١)، الكافي (٦٢/٣)، المحرر (٢٦/٢)، منتهى الإرادات (١٨٥/٢).

(٥) انظر: الهداية (١٤٢/١)، المقنع (٤٦/٢)، الإنصاف (٤١٦-٤١٥/٤)، الإمتاع (٩٧/٢).

(٦) انظر: المغني (٦٥٥/٦)، الشرح الكبير (٢٦٤/٤)، المبدع (١١١/٧).

(٧) انظر: الكافي (٦٧-٦٦/٣)، المغني (٦٦٢-٦٦٠/٦)، الشرح الكبير (٢٥٢-٢٥١/٤)، المبدع (٧/٧).

ولو ادعت الجهل بثبوت الخيار، سقط. في رواية مرجوحة^(١).
والفرق: أنه في الأولى الظاهر معها، والأصل بقاء الرق، فلا يؤثر ذلك الوطء في إسقاط الخيار، لأنه لا يدل على الرضا.
بخلاف الثانية، فإنها مكنته مع العلم بالعتق، وادعت ما الظاهر خلافه وأيضاً، فإنه خيار عيب فسقط بالتصرف مع العلم به، كخيار العيب^(٢).

فصل

٤٢٨ - إذا عتقت الصغيرة تحت عبد، لم يملك أبوها اختيار الفسخ، حرّاً كان أو عبداً^(٣).

ولو زوج ابنه الصغير، ملك أن يطلق عنه^(٤).

والفرق: أن الصغيرة لا/ مصلحة لها في فسخ أبيها نكاحها، بل عليها فيه ضرر [٥٠/ب] بإسقاط نفقتها وكسوتها وغير ذلك، فلم يكن لأبيها الفسخ^(٥).
بخلاف طلاقه عن ابنه الصغير، فإن للابن فيه مصلحة ظاهرة بإسقاط ما ذكرنا عنه^(٦).

فصل

٤٢٩ - إذا عتقت الأمة تحت عبد، فخيرها على الفور. على ما اختاره في المجرّد.

قال: ولو كانت هذه المعتقة مطلقة رجعية، فخيرها على التراخي، حتى تنقضي عدتها، أو يراجعها، فمتى راجع صار خيارها على الفور.

والفرق: أن إمساكها عن الفسخ في العدة لا يدل على الرضا بالمقام، لأنها تتوقع ما تحصل به البتونة، وهو انقضاء العدة، فلم يسقط خيارها، فمتى راجعها زوجها صار خيارها على الفور، لأن سكوتها لا يحتمل غير رضاها بالمقام، فحكم عليها به.

(١) المغني (٦/٦٦١)، الفروع (٥/٢٢٥-٢٢٦)، الإنصاف (٨/١٧٨)، الإمتاع (٣/١٩٦).

(٢) المغني (٦/٦٦١)، الشرح الكبير (٤/٢٥١-٢٥٢).

(٣) انظر: الهداية (١/٢٥٨)، المقنع (٣/٥٣)، الإمتاع (٣/١٩٦)، منتهى الإرادات (٢/١٨٥).

(٤) انظر: الكافي (٣/١٤٣)، المحرر (٢/٥٠)، الإنصاف (٨/٣٨٦)، منح الشفا الشافيات (٢/٥٣٥).

(٥) انظر: المغني (٦/٦٦٢)، الشرح الكبير (٤/٢٥٢)، المبدع (٧/٩٨)، مطالب أولي النهى (٥/١٣٩).

(٦) انظر: المغني (٦/٥٠٤)، منح الشفا الشافيات (٢/٥٣٥).

قلت: والصحيح من المذهب: أن خيار المعتقة على التراخي^(١)، وأن الرجعية إذا رضيت بالمقام سقط خيارها^(٢). وما ذكره المؤلف هو اختيار القاضي في المسألتين.

فصل

٤٣٠ - يجوز للمعتقة تحت عبد أن تفسخ بنفسها، ولا تحتاج إلى حاكم^(٣).

ولا يجوز لزوجة العنين أن تفسخ إلا بحاكم^(٤).

والفرق: أن الفسخ بالعتق ثبت بالنص، وهو مجمع عليه، فلم يفتقر إلى الحاكم، كالرد بالعيب.

بخلاف الفسخ بالعتة، فإنه أمر مختلف فيه، فهو موضع اجتهاد، فافتقر إلى الحاكم لينظر فيه^(٥).

فصل

٤٣١ - إذا شرط الزوج في عقد نكاحها: أن يطأها ليلاً صح.

ولو شرطت الزوجة: أن يطأها ليلاً لم يصح الشرط. ذكره القاضي في المجرد.

والفرق: أن معنى هذا الشرط: أن يطأها ليلاً، ولا يطؤها نهاراً، فإذا شرطه الزوج فقد شرط ما له فعله، لأنه لا يجب عليه أن يطأ ليلاً ونهاراً، فقد شرط ما لا يتنافى مقتضى العقد فصح، كشرط النفقة والكسوة.

بخلاف ما إذا شرطته الزوجة، فإنه ليس لها منفعة من الوطء نهاراً، فقد شرطت ما يتنافى مقتضى العقد فلم يصح، كما لو شرطت عدم الوطء^(٦) البتة.

(١) انظر: الهداية (٢٥٨/١)، المحرر (٢٦/٢)، الإنصاف (١٨٠/٨)، منتهى الإرادات (١٨٤/٢).

(٢) انظر: الكافي (٦٨/٣)، المحرر (٢٦/٢)، الإنصاف (١٨٢/٨)، منتهى الإرادات (١٨٥/٢).

(٣) انظر: الهداية (٢٥٨/١)، الكافي (٦٦/٣)، المحرر (٢٦/٢)، منتهى الإرادات (١٨٥/٢).

(٤) انظر: المقنع (٥٩/٣)، المحرر (٢٦/٢)، منتهى الإرادات (١٩٠/٢)، الروض المربع (٢/٢٧٧).

(٥) انظر: المغني (٦٦٦/٦)، الشرح الكبير (٢٥١/٤)، المبدع (٩٦/٧)، كشاف القناع (١٠٣/٥).

(٦) انظر: المغني (٥٥٠/٦)، زاد المعاد (١٠٦/٥)، الإنصاف (١٦٥/٨).

باب الصداق

فصل

٤٣٢ - إذا أصدقها عبداً فزاد زيادة متصلة، كسمن وتعلم صنعة، ثم طلق قبل الدخول لم يرجع بنصفه زائداً إلا برضاها، فإن أبت لزمها نصف قيمته وقت العقد. رواية واحدة^(١).

ولو أفلس المشتري بالثمن وزاد المبيع زيادة متصلة، كان للبائع أخذه بزيادته. نص عليه، وعنه: يمنع الرجوع^(٢).

قال القاضي أبو يعلى: وليس لنا زيادة لا تتبع العين إلا في هاتين المسألتين: في الصداق، رواية واحدة، وفي المفلس، على إحدى الروايتين.

قلت: وقد خرّج^(٣) أبو البركات^(٤) في مسألة الزيادة/ المتصلة رواية أخرى: [١/٥١] أنه يأخذها بها، قال: قياساً على المنفصلة وأولى.

والفرق: أن البائع يرجع في عين ماله بفسخ البيع، فكان الفسخ في معنى رفع العقد من أصله، فلهذا رجع فيه بزيادته.

بخلاف الصداق، فإن الطلاق لا يرفع العقد من أصله، وإنما يقطع العقد في الحال، فلو قلنا: يرجع بالزيادة لجعلنا له الرجوع في ملك الزوجة، وذلك لا يجوز. قلت: وقد كرر السامري هذا الفصل من كتاب الصداق.

فصل

٤٣٣ - الزيادة في الصداق بعد تمام عقد النكاح تلحق^(٥).

ولا تلحق في شيء من العوضين في المبيع^(٦).

والفرق: أن وقت الزيادة في الصداق وقت لفرض جميعه في المفوضة، ولا يتوقف حصول ملك النكاح على ما ذكره، فلهذا تجوز الزيادة فيه.

(١) انظر: الكافي (٣/١٠٠)، المحرر (٢/٣٦)، الإنصاف (٨/٢٦٤).

(٢) انظر: المغني (٤/٤٦٤)، الإنصاف (٥/٢٩٢)، الإمتاع (٢/٢١٤)، منتهى الإرادات (١/).

(٣) انظر: الإنصاف (١/٦)، (١٢/٢٥٧).

(٤) انظر: المحرر (٢/٣٦)، الإنصاف (٨/٢٦٤).

(٥) انظر: الكافي (٣/٩٢)، المحرر (٢/٣٣)، الإمتاع (٣/٢٢٢)، منتهى الإرادات (٢/٢١٢).

(٦) انظر: المقنع (٢/٥٤)، المحرر (١/٣٣١)، الإمتاع (٢/٦٠١)، منتهى الإرادات (١/٦٨).

بخلاف الثمن والمثمن، فإنه لا يحصل الملك في أحدهما إلا مع ذكره في العقد، فإذا تم العقد استقرت المعاوضة، فلذلك لم تلحق.

فصل

٤٣٤ - إذا زوجها الأب بدون مهر المثل صح، رضيت أو سخطت.

ولو باع شيئاً من مالها بدون ثمن المثل بغير إذنها لم يصح.

والفرق: أن البضع ليس المقصود به محض المال حتى يقال فرط فيه، بل يقصد به غير المال أيضاً، كحسن العشرة، وسهولة الأخلاق، وسعة الإنفاق، والأب ينظر لابتته ما هو الأحظ لها، فإذا سهّل في الصداق علم أنه قد لحظ لها مصلحة أكثر من زيادة المهر، فلذلك صح.

بخلاف بيع مالها بدون ثمنه، فإنه إضاعة مال، فلم يصح^(١).

فصل

٤٣٥ - إذا تزوج امرأة فارتدت قبل الدخول، سقط مهرها.

ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي، أو كانت أمة فقتلها سيدها قبل الدخول، لم يسقط.

والفرق: أن بقتلها لم يفسخ النكاح بل تم وانتهى، لأنه معقود إلى الموت، فلذلك لم يسقط مهرها، كما لو ماتت.

بخلاف ما إذا ارتدت، لأن النكاح يفسخ قبل تمامه، فهو كما لو طلقها والفسخ بسبب من جهتها قبل الدخول، فيسقط مهرها لذلك^(٢).

فصل

٤٣٦ - إذا أصدقها شاة حائلاً فحملت، ثم طلقها قبل الدخول، فردت نصفها عليه، أجبر على قبوله.

ولو كانت جارية لم يلزمه قبوله.

والفرق: أن الحمل في الشاة زيادة، فإذا ردّت النصف بزيادته أجبر على قبوله، كالزيادة المتصلة.

(١) انظر: المغني (٦/٤٩٨)، الشرح الكبير (٤/٢٩٩-٣٠٠)، المبدع (٧/١٤٥)، كشاف القناع (٥/١٣٧).

(٢) انظر: المغني (٦/٧٥٢)، الشرح الكبير (٤/٣١٨-٣١٧)، المبدع (٧/١٦١-١٦٢)، كشاف القناع (٥/١٤٩-١٥٠).

بخلاف الحمل في الأمة، فإنه عيب في بنات آم، فلم يلزمه قبوله^(١)

فصل

٤٣٧ - إذا أصدقها أمة فحملت، وولدت في ملكها، ثم طلقها قبل الدخول والولد طفل، رجع بنصف قيمتها، دون نصفها^(٢).

ولو/ كان أصدقها حيواناً غير الجارية رجع بنصفه^(٣). [٥١/ب]

والفرق: أن الأمة لا يفرق بينها وبين ولدها الطفل، فتكون كتالفة، فرجع بنصف قيمتها.

بخلاف غيرها من الحيوان، فإنه يجوز التفرقة بينه وبين ولده، فيملك الرجوع بنصفه^(٤).

وأورد: كيف تحصل القرقة بينهما؟ والنصف الآخر في ملك الزوجة مع الولد.

فأجيب: بأن المانع من القرقة بين ولدها وبين جميعها يمنع من التفرقة بينه وبين بعضها في الملك، بدليل: أنه لا يجوز بيع جميعها دونه، ولا يجوز بيع بعضها دونه.

وحكى ابن أبي موسى^(٥) وجهاً آخر: أنه يكون للزوجة نصف قيمة الجارية وقيمة ولدها، ويدفعان إلى الزوج.

فصل

٤٣٨ - إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً، وأصدقها جارية معينة فقبضتها، وأعتقتها قبل الدخول لم يصح، وبعده يصح.

والفرق: أن المهر لا يملك في الفاسد إلا بالدخول، فقد أعتقت ملك غيرها قبل الدخول.

بخلاف ما بعده، فإنه يستقر ملكها عليه.

(١) انظر: المغني (٦/٧٤٦)، الكافي (٣/١٠٠-١٠١)، الشرح الكبير (٤/٣١١).

(٢) انظر: المغني (٦/٧٤٦-٧٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣١٠-٣١١)، الإنصاف (٨/٢٦٤)، كشف القناع (٥/١٤٢)، منتهى الإرادات (٢/٢٠٧).

(٣) انظر: المغني (٦/٧٤٦-٧٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣١٠-٣١١)، الإنصاف (٨/٢٦٤)، كشف القناع (٥/١٤٢)، منتهى الإرادات (٢/٢٠٧).

(٤) انظر: المغني (٦/٧٤٦-٧٤٥)، الشرح الكبير (٤/٣١٠-٣١١).

(٥) انظر: طبقات الحنابلة (٢/١٨٢)، المنهج الأحمد (٢/١١٤)، شذرات الذهب (٣/٢٨٣).

فصل

٤٣٩ - إذا طلقت الصغيرة قبل الدخول، فلا يبيها العفو عن نصف صداقها.
قلت: في رواية مرجوحة^(١).

ولو زوج ابنه وأقبض مهره، ثم رجع إليه بردة أو رضاع قبل الدخول، لم يجز عفو عنه. رواية واحدة^(٢).

والفرق: أن والد الصغيرة هو الذي اكتسب لها المهر، فكان له العفو عنه.
بخلاف الصداق، فإنه لم يكتسبه للابن، بل هو من صلب ماله، فلم يكن للأب العفو عنه كغيره من أمواله^(٣).

فصل

٤٤٠ - إذا وهبت زوجها مهرها، ثم وجد ما يسقطه أو ينصفه، رجع عليها بعوضه في أصح الروايتين، وكذا لو باع عبداً بألف ثم قبضها، ثم وهبها المشتري، ثم وجد بالعبد عيباً، أو وجد به عيباً وحدث عنده آخر، وأراد مطالبة البائع بأرث القديم، أو كاتب عبده على مائة، ثم أبرأه منها وعتق وأراد مطالبة سيده بالإيتاء^(٤).
فيه الخلاف المذكور^(٥).

ولو باع عبداً بألف، ثم وهبه البائع، ثم أفلس المشتري والثلث في ذمته، فللبائع أن يضرب مع الغرماء، وجهاً واحداً^(٦).

II / والفرق بين هذه المسألة وتلك المسائل: أن حق البائع هنا في الثمن، لا في العين، والثلث لم يعد إليه منه شيء، فلهذا ضرب به.
بخلاف تلك المسائل، فإن ماله عاد إليه بعينه^(٧).

فصل

٤٤١ - قد قدمنا أنها إذا وهبت زوجها المهر، ثم وجد ما يسقطه أو ينصفه،

-
- (١) انظر: الكافي (٣/١٠٣-١٠٤)، المحرر (٢/٣٨)، الفروع (٥/٢٨٥)، الإمتاع (٣/٢١٨).
(٢) انظر: الكافي (٣/١٠٣-١٠٤)، المحرر (٢/٣٨)، الفروع (٥/٢٨٥)، الإمتاع (٣/٢١٨).
(٣) انظر: المغني (٦/٧٣١)، الشرح الكبير (٤/٣١٤).
(٤) انظر: المبدع (٦/٣٦٠)، كشف القناع (٤/٥٦٠).
(٥) انظر: المغني (٦/٧٣٥)، الشرح الكبير (٤/٣١٧)، كشف القناع (٥/١٢٧).
(٦) المغني (٦/٧٣٤-٧٣٢)، الشرح الكبير (٤/٣١٧-٣١٥)، الفروع (٥/٢٧٧)، الإنصاف (٨/٢٧٧-٢٧٥).
(٧) انظر: المغني (٦/٧٣٤)، الشرح الكبير (٤/٣١٧).

فإنه يرجع عليها بعوضه .

ولو أبرأته منه لم يرجع عليها . في أصح الروايتين^(١) .

والفرق: أنها في الأولى حصل لها الصداق، ثم عاد إلى الزوج بعقد مستأنف، فهو كما لو اشتراه منها .

وفي الثانية، أسقطت حقها، فكأنه لم يفرض لها شيء^(٢) .

فصل

٤٤٢ - للمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها الحال^(٣) .

وليس للبائع منع تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه، بل يجبر على تسليمه قبل قبض ثمنه^(٤) .

والفرق: أنه لو تعذر تسليم الثمن أمكن الرجوع في المبيع .

بخلاف منفعة البضع، فإنه لو تعذر المهر لم يمكن الرجوع فيها^(٥) .

فصل

٤٤٣ - إذا تزوج أم ولده، ثم أوصى لها بمهرها الحال في ذمة الزوج صحت الوصية، فإذا عتقت بموت سيدها ملكته، ولم يكن لها منع نفسها حتى تقبضه .

ولو أعتقها حال حياته، ثم زوجها بمهر حال، كان لها منع نفسها حتى تقبضه .

والفرق: أنها في الأولى ملكته بالوصية، فلم يكن لها منع نفسها لقبضه، كما لو كان لها عليه دين .

بخلاف الثانية، فإنها ملكته بعقد النكاح في مقابلة الاستمتاع، فملكته المنع حتى تقبض، كما تقدم في الفصل الذي قبله .

فصل

٤٤٤ - إذا أصدقها خشفاً فشقت أبواباً فزادت قيمته، ثم طلقها قبل الدخول، لم

(١) انظر: الكافي (١٠٢/٣)، المحرر (٣٨/٢)، الفروع (٢٧٥/٥)، الإمتاع (٢١٨/٣) .

(٢) انظر: المغني (٧٣٢/٦)، الشرح الكبير (٣١٥/٤) .

(٣) انظر: الهداية (٢٦٥/١)، المقنع (٩٧/٣)، المحرر (٣٨/٢)، الإنصاف (٢١٠/٨) .

(٤) انظر: الهداية (١٤٦/١)، المقنع (٥٨/٢)، المحرر (٣٣٢/١)، الروض المربع (١٧٧/٢) .

(٥) انظر: المغني (٧٣٧/٦)، الشرح الكبير (٣٣٦/٤) (١٢٣/٥)، المبدع (١٧٥/٧)، كشاف القناع (١٦٣/٥) .

يكن له الرجوع بنصفه، ولو بذلت له النصف بزيادته، لم يلزمه قبوله، عند القاضي .
ولو كان فضة فصاغته حلياً، لزمه قبوله .
والفرق: أن الفضة يجيء منها بعد الصوغ ما يجيء منها قبله، فهو زائد من كل وجه، فلزمه قبوله .
بخلاف الخشب ونحوه، فإنه لا يجيء منه بعد الشق ما كان يجيء منه قبله، فهو زائد من وجه، ناقص من وجه آخر^(١) .

فصل

٤٤٥ - إذا تزوج من لا يوطئ مثلها، لزمه تسليم مهرها إن طلبت^(٢)، ولا يلزمه نفقتها^(٣) .
والفرق: أن الصداق ملكته عليه في مقابلة ملكه البضع، فلزمه تسليمه، كالكبيرة^(٤) .
بخلاف النفقة، فإنها في مقابلة التمكين، وذلك متعذر من جهة الصغيرة^(٥) .

فصل

٤٤٦ - إذا تزوجها على دار لغيره يشتريها، وسلمها إليها صح، ولزمه ذلك^(٦) .
ولو باع داراً لغيره على أن يشتريها، وسلمها لم يصح^(٧) .
والفرق: أن عقد النكاح يبقى مع استحقاق المهر المعين وفوات تسليمه، فإذا كان فوت تسليمه لا يمنع بقاء العقد لم يمنع صحة تسميته، فإن قدر على تسليمه سلمه، وإلا غرم قيمته، كما لو هلك المهر في يده قبل تسليمه^(٨) .
وأما البيع، فإن عقده يبطل باستحقاق العوض فيه وفوات تسليمه، فإذا أبطله منع انعقاده، فافترقا .

(١) انظر: المغني (٦/٧٠٣-٧٠٤)، الشرح الكبير (٤/٣٠٨) .

(٢) انظر: المغني (٦/٧٣٦)، الإنصاف (٨/٣١٠)، الإمتاع (٣/٢٢٦) .

(٣) الهداية (٢/٧٠)، المقنع (٣/٣١٣)، الإمتاع (٤/١٤٢) .

(٤) المغني (٦/٧٣٦) .

(٥) انظر: المغني (٦/٧٣٥)، الشرح الكبير (٥/١٢٢)، حاشية المقنع (٣/٣١٣) .

(٦) انظر: المغني (٦/٦٩٠)، الشرح الكبير (٤/٢٩٤)، المبدع (٧/١٣٣)، الإمتاع (٣/٢٠٩) .

(٧) انظر: المغني (٤/٢٢٨)، المقنع (٢/٨)، الإمتاع (٢/٦٢) .

(٨) انظر: المغني (٦/٦٩٠-٦٩١)، الشرح الكبير (٤/٢٩٤)، كشف القناع (٥/١٣٠) .

وأيضاً، فإن هذا نكاح وشرط، وقد قال/ ﷺ: «أحق الشروط أن يوفى، ما [٥٢/ب] استحللت به الفروج» رواه البخاري ومسلم وغيرهما^(١). وهذا شرط، فلزمه الوفاء به. وليس كذلك البيع، لأنه بيع وشرط، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك. قلت: ليس هذا من قبيل البيع والشرط، بل من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك في قوله لحكيم بن حزام^(٢): «لا تبع ما ليس عندك» رواه الإمام أحمد وأبو داود وغيرهما^(٣).

فصل

٤٤٧ - إذا تزوجها على عبد مطلق يشتريه لها، صحت التسمية. اختاره القاضي^(٤)، وقال: لها الوسط. قال: ولو تزوجها على ثوب مطلق، لم تصح التسمية، ووجب مهر المثل^(٥). والفرق: أن أعلى أجناس الثياب وأدناها غير معلوم، فلم يكن الوسط معلوماً لتوقفه عليهما. بخلاف العبيد، فإن أعلاها الرومي، وأخسها الزنجي، وأوسطها السندي، فانصرف الإطلاق إليه^(٦).

فصل

٤٤٨ - إذا قال: أصدقتك هذا الحر، وجب مهر المثل. ولو أصدقها عبداً فبان حراً، وجب لها قيمته لو كان عبداً^(٧). والفرق: أنه في الأولى سمي ما لا يصلح صداقاً فبطل، ووجب مهر المثل، كما لو لم يسم.

-
- (١) أخرجه البخاري (٩٧٠/٢) - ح (٢٥٧٢)، ومسلم (١٠٣٥/٢) - ح (١٤١٨).
 (٢) انظر: أسد الغابة (٤٠/٢)، الإصابة (٣٢/٢).
 (٣) أخرجه الترمذي (٥٣٤/٣) - ح (١٢٣٢)، والبيهقي في الكبرى (٢٦٧/٥) - ح (١٠٢٠٢)، وأبو داود (٢٨٣/٣) - ح (٣٥٠٣)، والنسائي في الكبرى (٣٩/٤) - ح (٦٢٠٦)، وابن ماجه (٢/٧٣٧) - ح (٢١٨٧)، والإمام مالك في الموطأ (٦٤٢/٢) - ح (١٣١٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٣٨/٨) - ح (١٤٢١٢)، والإمام أحمد في مسنده (٤٠٢١٣) - ح (١٥٣٤٦)، والطحاوي في مسنده (١٩٣/١) - ح (١٣٥٩)، والطبراني في الكبير (١٤٩/٣) - ح (٣٠٩٧).
 (٤) انظر: الهداية (٢٦٣/١)، المقنع (٧٥/٣)، الإنصاف (٢٣٧/٨)، الإمتاع (٢١٠/٣).
 (٥) انظر: الكافي (٨٦/٣)، المحرر (٣٢/٢)، الإنصاف (٢٣٧/٨)، منتهى الإرادات (٢٠١/٢).
 (٦) انظر: المغني (٦٩٣-٦٩٢/٦)، الشرح الكبير (٢٩٣/٤)، المبدع (١٣٨/٧).
 (٧) انظر: الكافي (٨٧/٣)، المحرر (٣١/٢)، الإنصاف (٢٤٦-٢٤٥/٨)، الإمتاع (١١٢/٣).

بخلاف الثانية، فإنه سمي ما يصح صداقاً، ولكن تعذر التسليم لما بان حراً، فصار كتلف الصداق المعين قبل قبضه، وهناك يستحق مثل المثلي، وقيمة المتقوم، فكذا هنا^(١).

فصل

٤٤٩ - وكذا لو أصدقها خمراً، وجب مهر المثل.
ولو أصدقها عصيراً فبان خمراً، وجب لها مثله^(٢).
والفرق: ما تقدم.

فصل

٤٥٠ - إذا أصدقها أمها، وهي جائزة التصرف، صح، وعتقت أمها عقب العقد.

ولو كانت صغيرة فزوجها أبوها على ذلك، لم تصح التسمية.
والفرق: أن الجائزة التصرف يصح أن تشتري أمها فتعتقها، فكذا إذا رضيت بها صداقاً.

بخلاف الصغيرة، فإنها محجور عليها، وأبوها إنما يملك تصرفاً في منفعة، وليس في ذلك إلا ضرر.

فصل

٤٥١ - إذا زوج ابنه الصغير وضمن المهر وقضاه، فبلغ الابن فطلق قبل الدخول، فالراجع للابن^(٣).

ولو زوج عبده بأمة غيره على صداق أداه، ثم أعتقه أو باعه، ثم طلق قبل الدخول، فقياس المذهب: رجوعه إلى السيد الأول دون العبد ومشتريه.

والفرق: أن إصداق الأب عن ابنه تملك للابن المهر، فكأنه استوهب ذلك لابنه من نفسه، وقبضه له، ثم قضاه عنه، فصار كأن الابن أصدق من ماله، فرجع الراجع إليه، لأنه خرج من ملكه فيعود إليه.

بخلاف العبد، فإنه لم يملك/ الصداق، ولم يخرج من ملكه، بل من ملك [II/٥٣]

(١) انظر: الكافي (٨٧/٣)، المغني (٦٨٩/٦)، المبدع (١٤٣-١٤٢/٧)، كشف القناع (٦٣٥/٤).

(٢) انظر: الكافي (٨٧/٣)، المغني (٦٨٩/٦)، المبدع (١٤٣-١٤٢/٧)، كشف القناع (١٣٥/٤).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٣٠٠/٤)، المبدع (١٤٧/٧)، الإنصاف (٢٥٢/٨)، الإمتاع (٢١٣/٣).

سيده إلى سيد زوجته، فإذا تنصف وجب عوده إلى حيث خرج.

فصل

٤٥٢ - إذا تعيب المهر بيد الزوج بفعله، ثم طلق قبل الدخول خيرت: بين رده والمطالبة بنصف قيمته، وبين أخذ نصفه ناقصاً، وتضمنه.

ولو تعيب بيدها بفعلها، وطلق قبل الدخول خير: بين أخذ نصفه ناقصاً ولا أرش، وبين تركه، وأخذ نصف قيمته يوم الفرقة^(١).

والفرق: أنها ملكت المهر في يده، فإذا جنى عليه فقد جنى على ملكها، وهو مضمون في يده ضمان عقد، والوصف هنا يضمن بالجناية، كالمبيع إذا جنى عليه البائع قبل التسليم.

بخلاف ما إذا جنت هي، فإنها ملكته بالعقد، وتم بالقبض، فجنايتها عليه هدر، كما لو حدث نقص بأفة سماوية.

فصل

٤٥٣ - إذا تزوجها على خنزير صح، ووجب مهر المثل^(٢).

ولو خالعا على ذلك صح، ولم يستحق شيئاً^(٣).

والفرق: أن البضع متقوم حال دخوله في ملك الزوج، بدليل: أن للأب تزويج ابنته الصغيرة^(٤)، وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها^(٥)، ولا فرق إلا أنه حصل له ما له قيمة، وحل لها ما لا قيمة له، وهو إخراج بضعها من ملك الزوج، فإذا ثبت أن له قيمة حال دخوله فإذا جعل عوضه ما لا قيمة له، كالخمر والخنزير سقط، ووجب مهر المثل.

بخلاف الخلع، فإن البضع غير متقوم حال خروجه من ملك الزوج، بدليل: أن طلاقه في مرض موته غير معتبر من الثلث، ولو كان متقوماً لا اعتبر من الثلث. وبدليل: ما إذا طلق عليه الحاكم في الإيلاء وغيره قهراً، فإنه يخرج مجاناً، وما له

(١) انظر: الشرح الكبير (٣٠٦/٤)، المبدع (١٥٤/٧)، الإنصاف (٢٦٧-٢٦٦/٨)، الإمتاع (٣/٢١٦).

(٢) انظر: الهداية (٢٦٢/١)، المقنع (٧٨/٣)، الإمتاع (٢١٢/٣).

(٣) انظر: المغني (٧٤٧٣/٧)، الشرح الكبير (٣٨٣/٤)، الإنصاف (٣٩٨/٨)، الإمتاع (٢٥٦/٣).

(٤) انظر: المقنع (١٥/٣)، منتهى الإرادات (١٥٩/٢).

(٥) انظر: المقنع (١١٦/٣)، منتهى الإرادات (٢٣٧/٢).

قيمة لا يخرج من ملك مالكة بغير رضا مجاناً^(١)، وبدليل: ما ذكرنا من عدم جواز مخالعة الأب من مال ابنته الصغيرة، ولو كان متقوماً لجاز، كشرائه لها، وبالاتفاق لا يجوز، فدل على أنه غير متقوم خروجاً، فإذا ثبت ذلك لم يستحق عليها في المسألة الثانية شيئاً، كما لو خالعاها بغير عوض^(٢).

وأورد: بل لخروجه قيمة^(٣)، بدليل: أن ما كان لدخوله قيمة كان لخروجه قيمة، كسائر الأموال، وبدليل: أنه لو لم يكن له قيمة لما صح بذل العوض في مقابلته، كالحشرات^(٤)، وبدليل: ما لو كان له زوجتان صغيرى وكبرى، فأرضعت الكبرى الصغرى انفسخ نكاحهما، ويضمن الزوج نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى^(٥)، فثبت أن لخروجه قيمة.

وأجيب عن الأول: بأنه غير مطرد، بدليل دم العمد، فإن لدخوله قيمة، ولا قيمة لخروجه.

وعن الثاني: بأن العوض قد يقابله الخلوص من الأسر، ولا قيمة له.

وعن الثالث: بأن الرجوع على الكبيرة، لأنها ألجأتها إلى غرامة نصف المسمى للصغيرة/ بإرضاعها إياها، لا لكونها أخرجت من ملكه متقوماً، إذ لو كان كذلك للزم الكبيرة جميع مهر المثل، لأنه قيمة البضع على قول المؤرد، فلما لزمها النصف دل على ما قلنا، فتبين الفرق.

فصل

٤٥٤ - إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها مراراً، أو اشترى جارية فوطئها مراراً واستحقت، ولم يكن عالماً، أو وطئ مكاتبته مراراً، أو وطئ جارية ولده مراراً، لم يلزمه إلا مهر واحد.

ولو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره مراراً، فعليه لكل وطء نصف مهر. ولو كانت مكاتبته بينهما، لزمه عن نصفه نصف مهر خاصة، ولزمه للمكاتبته لكل وطء نصف مهر عن النصف الآخر.

ولو وطئ الابن جارية أبيه وادعى شبهة، أو وطئ جارية امرأته بشبهة، فعليه لكل وطء مهر.

(١) انظر: الكافي (٣/ ٢٥٠)، منتهى الإرادات (٢/ ٣٢٣).

(٢) انظر: المغني (٧/ ٧٣-٧٤)، الشرح الكبير (٤/ ٣٨٣)، كشاف القناع (٥/ ٢١٩-٢٢٠).

(٣) انظر: الفروع (٥/ ٥٧٤)، الإنصاف (٩/ ٣٤١).

(٤) انظر: المقنع (٢/ ٦)، غاية المنتهى (٢/ ٥).

(٥) انظر: المقنع (٣/ ٣٠٣)، غاية المنتهى (٣/ ٢٢١).

والفرق بين هذه المسائل: أن المنكوحة نكاحاً فاسداً والمشتراة مسلمة إليه على حكم عقد فاسد، فيلحق النسب، وينعقد الولد حراً، كالعقد الصحيح، فقد استوفى الوطاء، على حكم الملك فلا يجب أكثر من مهر واحد، وكذا مكاتبته، ملكه في الحقيقة باق، فاستيفاءه أيضاً على حكم الملك، وكذا الأب وطىء على حكم الملك لقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» رواه ابن ماجه^(١)، فصارت كالمنكوحة على ما بينا. وأما الجارية المشتركة فلا حق له في نصيب شريكه، فقد وطئها لا على حكم ملكه، لأنه عالم أن الملك للغير، وكذا جارية الأب لا ملك للابن فيها، فصار كل وطء مستوفى على حكم ملك صاحبها، فصار الثاني كالأول، والأول يوجب المهر، كذا الثاني وما بعده، فظهر الفرق^(٢).

فصل

٤٥٥ - إذا وطىء ذات محرمه بعقد فاسد، أو شبهة عقد غير عالم بذلك، فلها المهر، سواء كان تحريمها لنسب أو سبب، لأنه أتلّف عليها منفعة بضعها فلزمه قيمته، كالأجنبي.

وعنه: إن كان تحريمها بنسب فلا مهر، وإن كان بسبب وجب المهر.

والفرق: أن المحرمة بنسب بضعها محرم تحرير الأصل، فلا تستحق عليه عوضاً، كما لو تلوط بغلام.

وعنه: إن كانت المرأة ممن يحرم عليه نكاح ابنتها كالأم فلا مهر، وإن كانت لا تحرم ابنتها كالعمة فلها المهر، لأن تحريمها أخف، وكلما تأكد التحريم في البضع سقط المهر فيه، كاللواط، فظهر الفرق^(٣).

كتاب الخلع

فصل

٤٥٦ - إذا قال لزوجته: خالعتك بألف، فأنكرت، بانت منه، والقول قولها مع

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٤٢/٢) - ح (٤١٠)، والبيهقي في الكبرى (٤٨٠/٧)، والشافعي في مسنده (٢٠٢/١)، وابن ماجه (٧٦٩/٢) - ح (٢٢٩٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥١٦/٤) - ح (٢٢٦٩٤)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٣٠/٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥٨/٤)، والطبراني في الأوسط (٢٢/١) - ح (٥٧)، والبيزار في مسنده (٤١٩/١)، (٤٢٠) - ح (٢٩٥)، والإمام أحمد في مسنده (٢٠٤/٢) - ح (٦٩٠٢).

(٢) فروق الكرابسي (١٥٧-١٥٥/١).

(٣) انظر: المنني (٧٥٠/٦)، الشرح الكبير (٣٣٤/٤)، الإنصاف (٣٠٨٣٠٧/٨).

يمينها في العوض^(١).

ولو قال لرجل: بعثك هذه السلعة، فأنكر وحلف، لم يثبت البيع.

والفرق: أن الطلاق ينفك عن العوض، وقد اعترف به.

بخلاف البيع، فإنه لا ينفك عن الثمن، فإذا لم يسلم له، لم يلزمه إخراج السلعة/ من يده. [II/٥٤]

فصل

٤٥٧ - إذا قال: خالعتك على هذا الثوب المروي، فبان هروياً، صح، وله الخيار بين إمساكه ورده وأخذ قيمة مروي^(٢).

ولو قال: إن أعطيتني مروياً فأنت طالق، فأعطته هروياً لم تطلق^(٣).

والفرق: أنه في الأولى خالعتها على عوض بعينه فصح، واختلاف صفته كالعيب فيه، والعيب لا يبطله، فإن رضي جاز، وإن اختار الرد رجع إلى قيمة المروي، لأنه عوض معين في الخلع.

بخلاف الثانية، فإنه علق طلاقها على صفة لم توجد، فلم يقع الطلاق^(٤).

فصل

٤٥٨ - إذا خالعتها على مروي بعينه فأعطته، فبان هروياً فله رده، والمطالبة بقيمة المروي.

ولو خالعتها على مروي لا بعينه، بل في الذمة، فأعطته مروياً معيباً، خيّر بين إمساكه، ورده ولم يكن له المطالبة بقيمته، بل ببذله^(٥).

والفرق: أنه في الأولى تعين الثوب في الخلع، وتعلق الحق بعينه، فإذا رده لأجل العيب استحق قيمته.

بخلاف الموصوف في الذمة، فإن الحق تعلق بما هو على تلك الصفات، لا بقيمة ما قبضه، لأن الواجب في الذمة، والمعطى بدله، فإذا خرج معيباً فهو غير ما

(١) انظر: الهداية (٢٧٤/١)، المقنع (١٣٠/٣)، المحرر (٤٩/٢)، الفروع (٣٦٠/٥).

(٢) انظر: الهداية (٢٧٣/١)، المحرر (٤٨/٢)، الفروع (٣٤٨/٥)، الإنصاف (٤٠٨/٨)، كشاف القناع (٢٢٤/٥).

(٣) انظر: الهداية (٢٧٣/١)، المقنع (١٢٣/٣)، الإنصاف (٤٠٨/٨)، الإمتاع (٢٥٨/٣).

(٤) انظر: المغني (٧٠/٧)، الشرح الكبير (٣٨٩/٣)، المبدع (٢٣٧/٧)، كشاف القناع (٢٢٤/٥).

(٥) انظر: المغني (٦٩/٧)، الشرح الكبير (٣٨٨/٤)، كشاف القناع (٢٢٣/٥).

وقع الخلع عليه، فرجع إلى بدله^(١).

فصل

٤٥٩ - إذا خالعتها على مروي معين، فبان هروياً صح، وللزوج إمساكه إن شاء.

ولو بان كئاناً صح، ولم يكن للزوج إمساكه.
والفرق: أن المروي والهروي جنس اختلفت أنواعه، واختلف الأنواع
كاختلاف الصفات واختلفها كالعيب على ما تقدم، فكان له إمساكه كالعيب.
بخلاف المروي والكئان، فإنهما جنسان، واختلف الأجناس كاختلف
الأعيان^(٢).

كتاب الطلاق

فصل

٤٦٠ - يجوز طلاق الحامل والآيسة والصغيرة.
ولا يجوز أن يطلق من تحيض في طهر جامعها فيه، ما لم يستن حبلها^(٣).
والفرق: أن الجماع في الأولى لا يحدث حبلاً، فقد أمن الندم عقيب الوطء
بحدوث الحبل، فجاز طلاقها.
بخلاف ذوات الأقراء، فإنه لا يؤمن في حقهن حدوث الحمل^(٤).

فصل

٤٦١ - إذا قال لزوجته: يدك أو رجلك طالق طلقت.
ولو قال: شعرك أو سنك طالق لم تطلق^(٥).
والفرق: أن اليد والرجل عضوان من أصل الخلقة لا يفارقانها في الحياة
والصحة، يستباحان بعقد النكاح، فطلقت بإضافة الطلاق إليهما، كالوجه.

(١) انظر: المغني (٦٩/٧)، الشرح الكبير (٣٨٨/٤).

(٢) المغني (٧١-٧٠/٧)، الشرح الكبير (٣٨٩/٤).

(٣) انظر: الهداية (٥/٢)، الكافي (١٦٠/٣)، المحرر (٥١/٢)، الروض المربع (٢٩٣/٢).

(٤) انظر: المغني (١٠٩/٧)، الشرح الكبير (٤١٥/٤)، المبدع (٢٦٣/٧)، كشف القناع (٢٤٢/٥).

(٥) الهداية (١١/٢)، المقنع (١٦٢-١٦٣/٣)، المحرر (٥٩/٢)، منتهى الإرادات (٢٦٨/٢).

بخلاف الشعر والسن، فإنهما يفارقان حال الصحة، ويحدث بدلها، فلا تطلق بإضافة الطلاق إليهما، كما لو قال: حملك طالق^(١).

فصل

٤٦٢ - إذا قال: أنا منك طالق لم تطلق^(٢).
ولو قال: أنا منك بائن أو حرام، ونوى الطلاق، طلقت^(٣).
والفرق: أن البينة والتحريم تستعمل في الزوج كالزوجة.
بخلاف لفظ الطلاق، فإنها لا تستعمل إلا في الزوجة، فافتراقا^(٤).

فصل

٤٦٣ - إذا قال: أنت بائن، ونوى الطلاق طلقت^(٥).
ولو قال: أنا بائن ونواه، لم تطلق^(٦).
والفرق: أن الرجل يكون بائناً من غيرها بأن يطلق أخرى، فلما لم يقل: منك، لم يصف التحريم إليها.
بخلاف/ الأولى، فإنها لا تكون بائناً إلا منه. [٥٤/ب]

فصل

٤٦٤ - إذا وهب زوجته لأهلها، ونوى الطلاق، طلقت^(٧).
ولو باعها من أهلها أو غيرهم، ونوى به الطلاق، لم تطلق بذلك. نص عليه^(٨).
والفرق: أن هبته إياها لأهلها كناية عن الطلاق، لأنه يقتضي زوال ملكه عنها

-
- (١) انظر: المغني (٧/٢٤٢-٢٤٦)، الشرح الكبير (٤/٤٥٠)، مطالب أولي النهى (٥/٣٦٩-٣٧٠).
(٢) انظر: الهداية (٩/٢)، المقنع (٣/١٥٠)، الإمتاع (٤/١٢)، منتهى الإرادات (٢/٢٦٠).
(٣) انظر: الكافي (٣/١٦٧)، الإنصاف (٨/٤٨٦)، منتهى الإرادات (٢/٢٦٠)، كشف القناع (٥/٢٥٢).
(٤) انظر: المغني (٧/١٣٤)، الشرح الكبير (٤/٤٣١)، المبدع (٧/٢٨١).
(٥) انظر: الهداية (٧/٢)، الكافي (٣/١٧٢)، المحرر (٢/٥٤)، الفروع (٥/٣٨٦).
(٦) انظر: المغني (٧/١٣٤)، الشرح الكبير (٤/٤٣٢)، الإنصاف (٨/٤٨٦)، منتهى الإرادات (٢/٢٦٠).
(٧) انظر: الهداية (٩/٢)، المقنع (٣/١٥٥)، المحرر (٢/٥٥)، الإمتاع (٤/١٥).
(٨) انظر: الكافي (٣/١٧٧)، الشرح الكبير (٤/٤٤٠)، الفروع (٥/٣٩٤)، الإنصاف (٨/٤٩٨).

بغير عوض، وذلك ينبيء عن عدم حاجته إليها، فصار كقوله: الحقي بأهلك إن قبلوك، فصار الطلاق معلقاً بشرط، وهو القبول.

بخلاف بيعه إياها، فإنه لا يتصور فيها، لأن الذي يملكه منها لا يصح بيعه، ولا حصول الثمن عنه، فدل على أنه لم يرض زوال ملكه عنها، فلذلك لم يكن كناية عن الطلاق^(١).

فصل

٤٦٥ - إذا قال لزوجته: تجرعي، ونوى الطلاق، طلقت^(٢).

ولو قال: كلي، ونوى الطلاق، لم تطلق^(٣).

والفرق: أن قوله: تجرعي، يريد به مرارة الطلاق، فوقع به الطلاق مع النية، كسائر الكنايات.

بخلاف قوله: كلي، فإنه لا ينبيء عنه، فلم يقع، كما لو قال: سبحان الله^(٤).

فصل

٤٦٦ - إذا قال لزوجته: أنت واحدة بالرفع، ونوى الثلاث، طلقت ثلاثاً^(٥).

ولو قال: أنت طالق واحدة، ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة، في أصح الوجهين^(٦).

والفرق: أن قوله في الأولى كناية خفية، لأن معناه: أنت منفردة عن الزوج، فإذا نوى الثلاث وقع، لأن الكناية الخفية يقع بها ما نواه^(٧).

بخلاف الثانية، فإن لفظ الواحدة فيها منصوب، فيراد العدد، وتضمن الواحدة الثلاث يستحيل، فلم يقع إلا واحدة^(٨).

(١) انظر: المغني (٧/١٤٠-١٤١)، الشرح الكبير (٤/٤٤٠)، المبدع (٧/٢٩٠)، مطالب أولي النهى (٥/٣٥٦).

(٢) انظر: الهداية (٧/٢)، المقنع (٣/١٤٨)، المحرر (٢/٥٤)، الفروع (٥/١٨٦).

(٣) انظر: المقنع (٣/١٥٠)، المحرر (٢/٥٥)، الفروع (٥/٣٨٩)، الإمتاع (٤/١٢).

(٤) انظر: المغني (٧/١٣٢-١٣٣)، الشرح الكبير (٤/٤٣١)، المبدع (٧/٢٨٠)، كشاف القناع (٥/٢٥٢).

(٥) انظر: المغني (٧/١٣٢)، الشرح الكبير (٤/٤٣٠)، الإنصاف (٨/٤٨٥)، الإمتاع (٤/١٢)، كشاف القناع (٥/٢٥٢).

(٦) انظر: الكافي (٣/١٧٩)، الإنصاف (٩/٩)، الإمتاع (٤/١٦)، الإرادات (٢/٢٦٤).

(٧) انظر: كشاف القناع (٥/٢٥٢)، مطالب أولي النهى (٥/٣٥٠).

(٨) انظر: المغني (٧/٢٣٩)، الشرح الكبير (٤/٤٤٤)، كشاف القناع (٥/٢٦١).

فصل

- ٤٦٧ - إذا استثنى في الطلاق ونوى الاستثناء من أول إيقاع الطلاق إلى آخره، ووصله بآخر يمينه صح استثنائه^(١).
- ولو لم يخطر بباله الاستثناء، ولم يقصده حتى فرغ من الإيقاع، ثم خطر بباله الاستثناء، فوصله في الكلام.
- فقال السامري: لا أعرف فيها رواية، وعندى: أنه لا ينفعه الاستثناء فيما بينه وبين الله عز وجل^(٢).
- قال: والفرق: أنه إذا نوى الاستثناء من ابتداء إيقاع الطلاق، استحال الإيقاع بأول كلامه مع اقتران قصد الاستثناء بأوله، ونفس الاستثناء بآخره.
- بخلاف ما إذا تم الإيقاع وانتهى عرياً عن قصد الاستثناء بآخره، ثم خطر بباله الاستثناء، فوصله به إلحاقاً، لأن الإيقاع قد عمل عمله، ونفذ حكمه بظاهر التنجيز السابق، فلا يفيد الاستثناء.
- وحكى السامري عن بعض الشافعية أنه قال: قد ادعى بعض مشايخنا الإجماع في هذه المسألة، قال: وذكرها في كتاب الإجماع.
- قلت: أما حكاية الإجماع في هذه المسألة ففيها نظر من جهة: أن المسألة فيها آثار وأحاديث تدل على خلاف ما حكى الإجماع عليه.
- فقد روى مجاهد^(٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه كان يرى صحة الاستثناء ولو بعد سنة. رواه سعيد بن منصور^(٤) في سننه بإسناد صحيح.
- وروى عكرمة^(٥) عن النبي ﷺ أنه قال: «والله لأغزون قريشاً وسكت، ثم قال: إن شاء الله، قال ذلك ثلاثاً» رواه أبو داود^(٦) عن عكرمة هذا مرسلأ، قال: وروى
-
- (١) انظر: المحرر (٦٠/٢)، الإنصاف (٣٥٣٤/٩)، الإمتاع (٢١/٤)، منتهى الإرادات (٢٧١/٢).
- (٢) انظر: الروايتين والوجهين (٦١/٣)، المغني (٧١٦٧١٥/٨)، الإنصاف (٢٦/١١).
- (٣) انظر: سير أعلام النبلاء (٤٤٩/٤)، تهذيب الأسماء واللغات (٨٣/٢)، تهذيب التهذيب (١٠/٤٢).
- (٤) انظر: سير أعلام النبلاء (٥٨٦/١٠)، تهذيب التهذيب (٨٩/٤)، شذرات الذهب (٦٢/٢).
- (٥) انظر: تهذيب الأسماء واللغات (٣٤٠/١)، طبقات المفسرين للداودي (٣٨٠/١).
- (٦) (ج) أخرجه ابن حبان في صحيحه (١٨٥/١٠) - ح (٤٣٤٣)، والبيهقي في الكبرى (٤٧/١٠)، وأبو داود (٢٣١/٣) - ح (٣٢٨٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٣٨٥/٦) - ح (١١٣٠٦)، والطبراني في الأوسط (٣٠٠/١) - ح (١٠٠٤)، وأبو يعلى في مسنده (٧٨/٥) - ح (٢٦٧٤)، والطبراني في الكبير (٢٨٢/١١) - ح (١١٧٤٢)، وأبو نعيم في الحلية (٣٤٤/٣)، وابن عدي في الكامل (٢/٣٣٠)، والخطيب في تاريخ بغداد (٤٠٤/٧).

عن ابن عباس، ورواه الطبراني وغيره من حديث ابن عباس مرفوعاً.

[وروي] عن النبي ﷺ أنه لما سأله اليهود عن لبث أهل الكهف قال: «غداً أجيبكم»، فتأخر عنه الوحي بضعة عشر يوماً، ثم نزل: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا ۚ (١٢) إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ ۚ وَذَكِّرْكَ إِذَا نَسِيتَ وَقُلْ عَسَى أَنْ يَهْدِيَنَّ رَبِّي لِأَقْرَبَ مِنْ هَٰذَا رَشْدًا ۚ (١٣)﴾ [الكهف: الآيتان ٢٣، ٢٤] الآية، فقال النبي ﷺ استدراكاً للاستثناء: «إن شاء الله»، رواه الحافظ أبو بكر البيهقي^(١)، فهذه الأحاديث والآثار تدل على صحة الاستثناء من غير نية، ثم لو أمكنهم تأويل قول ابن عباس، وحديث عكرمة: بأن تأخر الاستثناء كان مع وجود النية والعزم عليه، لم يمكنهم تأويل حديث سؤال اليهود على مثل ذلك، لأن النبي ﷺ حين وعدهم بالإخبار غداً لم يكن يعلم مشروعية الاستثناء لنيوه، بل تركه من غير نية، فلما أمر به الله قال: إن شاء الله، فدل على أن الاستثناء مع عدم النية يصح، ولولا ذلك لما قال النبي ﷺ: «إن شاء الله».

ثم اشتراط السامري: النية مقارنة للنطق بالهمزة إلى حين الفراغ من قاف طالق لا دليل عليه، وإنما الذي ذكره متأخرو أصحابنا كأبي البركات^(٢)، وابن حمدان، وغيرهما: وجود النية قبل الفراغ من المستثنى منه، أما من حين ابتداء النطق فلا^(٣).

وأما المتقدمون وبعض المتأخرين كالشيخ أبي محمد، فإنهم لم يشترطوا وجود النية، بل اشترطوا الاتصال المعتاد بين المستثنى والمستثنى منه^(٤).

وقول المصنف: لأن الإيقاع عمل عمله ونفذ ممنوع، لأنه إنما يعمل عمله لو تعرى عن اتصاله بالاستثناء، أما مع إرادته الاستثناء فلا يعمل عمله، لأن الكلام لا يحكم به حتى يتم ويكمل، بدليل: ما لو قال: له علي ألف مكسرة، لم يحكم عليه بألف مطلقة، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل، ولو لم يعتبر آخر الكلام للزمه ألف صحاحاً، وطلقت/ قبل الدخول، فدل على أنه لا اعتبار [١/٥٥] للكلام حتى يتم، فإذا وصل المستثنى بالمستثنى منه كفى من غير احتياج إلى نية من أول الإيقاع إلى آخره.

فإن قيل: ما ذكرتم من الأحاديث تدل على عدم اشتراط الاتصال أيضاً، فلم اشترطتموه؟

فالجواب: أما حديث عكرمة فيحتمل أن سكوت النبي ﷺ كان لعارض منعه

(١) في دلائل النبوة (٢/ ٢٧٠)، وابن جرير الطبري في تفسيره (١٥/ ١٩١-١٩٢).

(٢) في المحرر (٢/ ٦٠).

(٣) انظر: الإنصاف (٩/ ٣٥، ١١/ ٢٧).

(٤) انظر: المغني (٧/ ١٦٤، ٨/ ٧١٥-٧١٧).

من الكلام، ومثل ذلك غير قاطع للاتصال، وأما سؤال اليهود فإن عدم العلم بمشروعية الاستثناء ينزل منزلة المانع من الكلام، ولهذا لما نزلت الآية بادر رسول الله ﷺ إلى الاستثناء، ولم يؤخره، بل قال في الحال: إن شاء الله، وأما ما روي عن ابن عباس فهو من رأيه واجتهاده^(١)، وقد انعقد الإجماع بعده على خلافه، لأن القائل قائلان: إما مشترط للنية، وإما مشترط للاتصال بطريق الأولى، فقد أجمع الفريقان على وجوب الاتصال، فلذلك اشترطناه. والله أعلم.

فصل

٤٦٨ - إذا قال المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة، طلقت طلقتين. ولو قال: طلقتين وطلقة إلا طلقة، طلقت ثلاثاً. عند القاضي^(٢). والفرق: أنه في الأولى استثنى واحدة من ثلاث فصح، لأنه الأقل^(٣). بخلاف الثانية، فإنه استثناء للكل، لأنه استثنى طلقة من طلقة فلم يصح، فطلقت ثلاثاً^(٤).

فصل

٤٦٩ - إذا قال: أنت طالق ثلاثاً، واستثنى بقلبه واحدة طلقت ثلاثاً، ظاهراً وباطناً. على ظاهر كلام الخرقي^(٥). قلت: وصريح كلام صاحب المحرر: ولو قال: نساؤه طوائق، واستثنى بقلبه إلا فلانة لم تطلق. عند القاضي^(٦). والفرق: أن الثلاث نص في العدد، فلا ترفعه النية. بخلاف الثانية: فإن قوله: نساؤه غير نص في جميع نسائه، ولكنه عموم، أراد به خصوصاً، فقبل منه، لأن العام يدخله التخصيص، فافترقا^(٧). ولو قال: نساؤه الأربع طوائق صارت الثانية مثل الأولى^(٨).

(١) انظر: طبقات الشافعية (١/٢٧٩).

(٢) الهداية (١١/٢)، المقنع (٣/١٦٦-١٦٧)، المحرر (٢/٥٩-٦٠)، منتهى الإرادات (٢/٢٧١).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٢/١٦٢)، المغني (٧/١٦١)، المبدع (٧/٣٠٦).

(٤) انظر: الكافي (٣/١٨٨)، المغني (٧/١٦٢)، الشرح الكبير (٤/٤٥٦).

(٥) انظر: المغني (٧/١٥٨)، المحرر (٢/٦٠)، الإنصاف (٩/٣٣)، منتهى الإرادات (٢/٢٧٢).

(٦) انظر: المحرر (٢/٦٠)، الكافي (٣/١٨٩)، الإنصاف (٩/٣٤)، منتهى الإرادات (٢/٢٧٢).

(٧) انظر: المغني (٧/١٥٨-١٥٩)، الشرح الكبير (٤/٤٥٨)، المبدع (٧/٣٠٨)، كشف القناع (٥/٢٧٢).

(٨) انظر: المغني (٧/١٥٨)، المحرر (٢/٦٠)، الإنصاف (٩/٣٤)، منتهى الإرادات (٢/٢٧٢).

فصل

٤٧٠ - إذا قال: أنت طالق، ثم قال: إن فعلت كذا، دُيِّن، ولم يقبل منه في الحكم^(١). نص عليه.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً، واستثنى بقلبه إلا واحدة، لم يقبل باطناً ولا ظاهراً.

والفروق: أنه في الأولى يدعي صرف الكلام عن ظاهره إلى ما يحتمله اللفظ فدُيِّن^(٢).

بخلاف الثانية، لما مر في الفصل المتقدم.

فصل

٤٧١ - إذا قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة، طلقت ثلاثاً. في أحد الوجهين^(٣).

ولو قال: أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا نصف طلقة، طلقت ثلاثاً، وجهاً واحداً.

والفروق: أن قوله: طلقتين ونصفاً يقتضي وقوع الثلاث، لأن الطلقة لا تتبعض [١/٥٦] فإذا استثنى نصف طلقة بقي طلقتان ونصف، فيسري، فتكمل الثلاث.

بخلاف ما إذا استثنى طلقة، لأنه استثنى طلقة كاملة من الثلاث، فبقي طلقتان.

قلت: قوله في الثانية: طلقت ثلاثاً وجهاً واحداً ليس كذلك، بل في المسألة وجه ثان: أنها تطلق طلقتين. حكاه ابن حمدان^(٤).

فصل

٤٧٢ - إذا قال لزوجتي: إحداكما طالق غداً، فجاء الغد وهما زوجتاه، طلقت إحداهما بالقرعة.

ولو أبان إحداهما أو ماتت قبل الغد، طلقت الباقية^(٥).

(١) انظر: الهداية (١٢/٢)، المقنع (١٨٣/٣)، المحرر (٥٣/٢)، الإمتاع (٣٠/٤).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤٧١/٤)، المبدع (٣٢٦/٧)، كشاف القناع (٢٨٦/٥).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤٤٥٦/٤)، المبدع (٣٠٧/٧)، الإنصاف (٣١/٩)، الإمتاع (٢١/٤)، منتهى الإرادات (٢٧١/٢).

(٤) الكافي (١٨٨/٣)، المبدع (٣٠٨/٧).

(٥) انظر: المغني (٢٥٢/٧)، الشرح الكبير (٥١٢/٤)، الإنصاف (١٤٣-١٤١/٩)، الإمتاع (٤/٤).

والفرق: أن الطلاق في الأولى مبهم في ملكه، فوجب أن تخرج المطلقة بالقرعة.

بخلاف الثانية، فإن الطلاق مبهم في ملكه وغير ملكه، فوجب أن يقع على التي في ملكه، فافترقا.

فصل

٤٧٣ - إذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق، وكرره ثلاثاً، قد دخلت، طلقت ثلاثاً^(١).

ولو كرر: أنت طالق ثلاث مرات. لم تطلق^(٢).

والفرق: أن المعلق على دخول الدار يقع جملة واحدة من غير ترتيب، فهو كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً^(٣).

بخلاف المنجز، فإنه يقع مرتباً، فتسبق الأولى، فتبين بها، فلا يلحقها ما بعدها^(٤).

فصل

٤٧٤ - إذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، لم تطلق حتى تدخل الدار، فتطلق واحدة.

ولو قال لها: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، إن دخلت الدار، طلقت واحدة في الحال، ولم يلحقها ما بعدها، دخلت الدار أو لم تدخل^(٥).

والفرق: أنه في الأولى علق طلاقها على دخول الدار مرتباً بشم، فلا تطلق حتى تدخل، فإذا دخلت طلقت وبانت، ولم يلحقها ما بعدها.

بخلاف الثانية، لأنه واجهها بطلقة فصلها من الكلام، فبانت في الحال، ولم يلحقها ما بعدها، ولم يتعلق بدخول الدار، لأن حكم الطلقة انفصل قبل التلفظ بما بعدها، فظهر الفرق.

(١) انظر: الهداية (١٤/٢)، الكافي (١٨٥/٣)، الإمتاع (٢٠/٤).

(٢) انظر: الهداية (٩/٢)، الكافي (١٨٥/٣)، الإمتاع (١٩/٤).

(٣) انظر: المغني (٢٣٤/٧)، الشرح الكبير (٤٥٤/٤)، كشاف القناع (٢٦٩/٥).

(٤) انظر: المغني (٢٣١/٧)، الشرح الكبير (٤٥١/٤)، كشاف القناع (٢٦٨/٥).

(٥) انظر: المغني (٢٣٥/٧)، الشرح الكبير (٤٥٤/٤)، الإنصاف (٢٦/٩)، كشاف القناع (٢٦٨/٥).

فصل

٤٧٥ - إذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، فدخلت، لم تطلق إلا واحدة.
ولو قال: إن وطئتك فأنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، فوطئها، طلقت ثلاثاً.
والفرق: أن بدخولها الدار تطلق طلقة تبين بها، فلا يلحقها ما بعدها^(١).
وبوطئها تطلق طلقة رجعية، لأن الطلقة لم تقع بعد الدخول إلا رجعية، والرجعية يلحقها الطلاق، فطلقت ثلاثاً.

فصل

٤٧٦ - إذا قال لزوجته وهي طاهر طهراً لم يجامعها فيه: إن حضت فأنت طالق، فهذا طلاق محرم.
ولو قال: كلما حضت فأنت طالق، كان مباحاً.
والفرق: أنه في الأولى علق الطلاق بالحيض، فتطلق بأول جزء تراه من الدم، فتطلق في الحيض فيكون حراماً.
بخلاف الثانية، فإنه علق طلاقها على وجود حيضة كاملة، فلا تطلق حتى تطهر فيقع الطلاق في الطهر، وذلك مباح^(٢).

فصل

٤٧٧ - / إذا قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق/ فدخلت، طلقت طلقتين.
ولو قال: إن دخلت فأنت طالق أولاً^(٣)، لم تطلق إلا واحدة.
والفرق: أنه في الأولى علق طلاقها بشرط، وإحداث طلاقها، فمتى نجز طلاقها بعده أو علقه فوجد المعلق عليه كان هذا إحداث طلاق من جهته، فتطلق طلقة بدخولها، وطلقة بطلاقها به.
بخلاف ما إذا بدأ بالتعليق، ثم قال بعده: إذا طلقتك فأنت طالق، فإنها إذا دخلت طلقت واحدة، وهو لم يحدث بعد قوله: إذا طلقتك طلاقاً ليقع به أخرى،

(١) انظر: المغني (٧/٢٣٥)، المبدع (٧/٣٠٥، ٣٠٤)، كشف القناع (٥/٢٦٨).

(٢) مطالب أولي النهى (٥/٤١٢).

(٣) المنع (٣/٤٩١)، الكافي (٣/٢٠٢)، الفروع (٥/٤٣٧)، الإمتاع (٤/٣٦).

فلذلك لزمه طلاقه واحدة^(١) .

فصل

٤٧٨ - إذا قال لعبد: إذا طلقت زوجتي فأنت حر، ثم قال لها: إن دخلت فأنت طالق، لم يعتق حتى تدخل الدار، فإذا دخلت طلقت وعتق.

ولو ابتداء بالزوجة فقال لها ذلك، ثم بالعبد فقال له مثل ذلك، فدخلت طلقت/ ولم يعتق العبد. [١/٥٧]

ومثله لو قال: إن أعتقت عبدي فأنت طالق، ثم قال له: إن دخلت الدار فأنت حر، فدخل، عتق وطلقت.

ولو بدأ بالعبد، ثم بالزوجة، فدخل، عتق ولم تطلق^(٢).
والفرق: بين هذه المسائل يظهر بما قدمناه في الفصل قبله.

فصل

٤٧٩ - إذا قال لعبد: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: إن أعتقت عبدي فأنت طالق، فدخل الدار عتق، ولم تطلق.

ولو كانت بحالها، ولكن قال: إذا عتق عبدي فأنت طالق، فدخل العبد الدار عتق، وطلقت.

والفرق: أنه في الأولى علق طلاقها على إيجاد إعتاق، ولم يوجد بعد تعليق الطلاق، وإنما هو سابق للتعليق، فلهذا لم تطلق.

وفي الثانية علقه على حصول الحرية للعبد، وقد وجدت، فوقع الطلاق، فافترقا.

فصل

٤٨٠ - إذا قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن طلقتك فأنت طالق، فدخلت الدار، لم تطلق إلا واحدة.

ولو قال مكان طلقتك: إن وقع عليك طلاقي، طلقت طلقتين^(٣).

والفرق: أنه في الثانية علقه على وقوع طلاقه عليها وقد وجد، فطلقت طلقتين:

(١) المغني (٧/٧١٥)، الشرح الكبير (٤/٤٨٤)، المبدع (٧/٣٤٤).

(٢) انظر: المغني (٧/١٨٦)، الشرح الكبير (٤/٤٨٨)، المبدع (٧/٣٤٩).

(٣) انظر: الهداية (٢/٢٣)، الكافي (٣/٢٠٢)، المقنع (٣/١٩٥)، الإمتاع (٤/٣٦).

واحدة بالدخول، وأخرى بوقوعه بالدخول^(١).

بخلاف الأولى، فإنه علقه على إحداث طلاق منه، ولم يوجد، على ما تقدم.

فصل

٤٨١ - إذا قال لمدخول بها: كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق، ثم قال لها:

أنت طالق، أو علقه بصفة غير المعاوضة فوجدت، طلقت ثلاثاً.

ولو قال: كلما طلقتك - بدل وقع عليك طلاقى - لم تطلق إلا طلقتين^(٢).

والفرق: أن شرط حنثه في الأولى وقوع طلاقه عليها، وقد وقع، فقد وجد

شرط حنثه، فوقعت ثانية، ووقع بالثانية ثالثة، لاقتضاء، كلما.

بخلاف/ الثانية، فإن شرط حنثه إيقاعه الطلاق عليها، لا وقوعه، والإيقاع [٥٧/ب]

فعله، وقد وجد مرة فوقعت واحدة، ووجد شرط حنثه في الثانية فوقعت، ولم تقع

الثالثة لأن شرطها إيقاع الثانية، لا وقوعها^(٣).

فصل

٤٨٢ - إذا قال لمدخول بها: كلما حلفت^(٤) بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إن

دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت أمك فأنت طالق، إن لبست ثوبك فأنت طالق،

طلقت ثلاثاً.

ولو قال مكان: كلما: إذا، لم تطلق إلا واحدة.

والفرق: أن كلما للتكرار، فكلما حلف بطلاقها بأي صفة علقه فهو حالف،

فتطلق.

بخلاف إذا، فإنها لا تقتضيه، فتطلق بتعليقه طلاقها على دخول الدار واحدة،

لأنه قد حلف، وتنحل به اليمين، ولا تطلق غيرها، بل يبقى طلاقها معلقاً بالصفتين

الأخريين: كلام أمها، ولبس ثوبها، فتطلق عند وجود الصفة، فظهر الفرق.

فصل

٤٨٣ - إذا قال لغير مدخول بها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم أعاد ثانياً

(١) المغني (١٧٥/٧)، الشرح الكبير (٤٨٤/٤)، المبدع (٣٤٤/٧).

(٢) الهداية (٢٣/٢)، المقنع (١٩٥/٣)، المحرر (٧٢/٢)، الإمشاع (٣٧/٤).

(٣) انظر: المغني (١٧٥/٧)، الشرح الكبير (٤٨٤/٤)، المبدع (٣٤٥/٧).

(٤) انظر: المغني (١٧٨/٧)، الشرح الكبير (٤٩٠/٤).

وثالثاً لم تطلق إلا واحدة، فإن عاد فتزوجها، ثم قال لها: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت ثانية في الحال من غير أن تدخل الدار^(١).

ولو قال لها: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعادها ثانياً وثالثاً لم تطلق إلا واحدة، فلو عاد فتزوجها، ثم كلمها، لم تطلق بكلامه^(٢).

والفرق: أنه علق طلاقها على حلفه بطلاقها، فلما أعاد ذلك ثانياً انعقدت يميناً ثانية، لأنه حلف الثانية وهي زوجته، فتعلقت طلقة أخرى بحلفه بطلاقها، ووقعت الأولى بوجود هذا الحلف الثاني قبانت، لأنها غير مدخول بها، فلما قال لها بعد ذلك: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، لم تنعقد، لكونها بائناً منه، فإذا تزوجها، ثم قال ذلك لها فقد وجد حلفه بطلاقها، فتقع الطلقة المعلقة.

بخلاف الأخرى، فإنه لما قال لها: إن كلمتك فأنت طالق انعقدت يمينه، فإذا أعاده ثانياً لم تنعقد، بل تطلق بقوله: إن كلمتك، قبل أن يتم يمينه، فإذا تزوجها، ثم كلمها لم تطلق، لما ذكرنا من عدم انعقاد يمينه^(٣).

فصل

٤٨٤ - إذا قال لزوجته: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس، أو قدم الحاج فأنت طالق، لم تطلق.

ولو قال بعد قوله الأول: إن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت. ذكره القاضي^(٤).

والفرق: أن اليمين المتعقدة ما كان فيها حث أو منع، والتعليق على طلوع الشمس، وقدم الحاج لا يتضمن واحداً منهما، / فليس بحلف، فلا حث عليه فيه. [١/٥٨]

بخلاف قوله: إن دخلت الدار، فإن فيه منعاً لها من ذلك، فهي يمين، فتطلق لوجود شرطه^(٥).

قلت: وفي المسألة وجه آخر: أن التعليق على طلوع الشمس وقدم الحاج يمين^(٦).

(١) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٩٠-٤٩١)، الفروع (٥/٤٤٢)، المبدع (٧/٣٥١).

(٢) انظر: المغني (٧/٢٠٨)، المحرر (٢/٧٤)، الفروع (٥/٤٤٤-٤٤٥)، الإنصاف (٩/٩٧).

(٣) انظر: كشاف القناع (٥/٣٠٧)، مطالب أولي النهى (٥/٤٢٨).

(٤) الكافي (٣/٢٠٥)، المحرر (٢/٧٣)، الإمتاع (٤/٣٩)، منتهى الإرادات (٢/٢٩٣).

(٥) المغني (٧/١٧٨-١٧٩)، الشرح الكبير (٤/٤٩٠)، كشاف القناع (٥/٣٠٢).

(٦) الفروع (٥/٤٤١)، الإنصاف (٩/٨٩).

فصل

٤٨٥ - إذا قال لها: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت ذكراً ثم أنثى، لم تطلق إلا واحدة.
ولو ولدت الأنثى ثم الذكر، طلقت طلقتين.

والفرق: أنها إذا وضعت الذكر أولاً تبيناً: أنها طلقت وقت اليمين طلاقة، فإذا ولدت الأنثى انقضت عدتها، فلا تلحقها الطلقة الأخرى، وهذا على اختيار أبي بكر.

بخلاف الثانية، فإنها إذا ولدت البنت أولاً طلقت طلاقة، فإذا ولدت الابن بعدها تبيناً: أنها طلقت طلاقة وقت اليمين قبل وضع البنت، ولم تنقض عدتها بوضعها، فلذلك طلقت الثانية^(١).

فصل

٤٨٦ - إذا قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدت ذكراً، ثم أنثى، ثم ذكراً، طلقت طلقتين.
ولو ولدت ذكراً، ثم ذكراً، ثم أنثى، طلقت واحدة.

والفرق: أنها بوضع الأول طلقت طلاقة، فإذا وضعت الأنثى بعده طلقت بها طلاقة أخرى، لأنها في العدة حيث لم تضع الآخر، فإذا وضعته لم تطلق به، لانحلال اليمين بوضع الذكر الأول.

بخلاف الثانية، فإنها تطلق بولادة الأول طلاقة، ولا تطلق بالثاني، فإذا وضعتها انقضت عدتها بولادتها، فلا يلحقها فيها طلاق، كما تقدم.

فصل

٤٨٧ - إذا قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق، وإن ولدت أنثى فأنت طالق، فولدتها معاً، ثم ولدت ذكراً أو أنثى، طلقت طلقتين.

ولو ولدت ذكراً أو أنثى، ثم ولدت ذكراً وأنثى معاً، لم تطلق إلا واحدة.

والفرق: أنه إذا ولدتهما أولاً معاً فقد وجد شرط وقوع الطلقتين فيقعان، فإذا ولدت الثالثة لم يقع به شيء، لأن اليمينين انحلتا.

(١) انظر: المغني (٧/٢٠٥-٢٠٦)، الشرح الكبير (٤/٤٨٢-٤٨٣)، كشف القناع (٥/٢٩٦).

بخلاف الثانية، فإنها تطلق بولادة الأول طليقة ذكراً أو أنثى، فإذا ولدتهما بعد ذلك انقضت عدتها بوضعهما، فلا يلحقها طلاق بوضعهما.

فصل

٤٨٨ - إذا قال: إن ولدت أنثى فأنت طالق طليقة، وإن ولدت ذكرين فأنت طالق طليقتين، فولدت ذكرين معاً، أو واحداً بعد واحد، ثم ولدت أنثى، طلقت طليقتين.

وإن ولدت ذكراً ثم أنثى ثم ذكراً، أو ولدت أولاً أنثى ثم ذكراً، أو ولدت أنثى ثم ذكرين معاً، أو واحداً بعد واحد، لم تطلق إلا واحدة.

[٥٨/ب] والفرق: أنه إذا/ ولدت ذكرين أولاً طلقت طليقتين كما شرط، فإذا ولدت الأنثى أخيراً انقضت عدتها بولادتها، فلم يلحقها بولادتها طلاق.

وأما إذا ولدت ذكراً ثم أنثى ثم ذكراً، لم تطلق بولادتها للذكر الأول، لأن طلاقها معلق على ولادتها للذكرين، ولم يوجد ذلك، وتطلق بولادتها للأنثى طليقة، فإذا ولدت الذكر الأخير انقضت عدتها بوضعه، فلم يلحقها به طلاق، وكذا إذا ولدت أولاً أنثى ثم ذكرين معاً، طلقت بالأنثى طليقة، فلما وضعتها بعد ذلك معاً أو متفرقين انقضت بهما عدتها، فلم يلحقها طلاق.

ويعابا بها، فيقال: رجل قال لزوجته: إن ولدت ذكرين فأنت طالق طليقتين، فولدتها من حمل واحد، لم تطلق بولادتهما شيئاً.

فصل

٤٨٩ - إذا قال لها: أنت طالق مع موتي، لم تطلق^(١).

ولو قال لعبده: أنت حر مع موتي، عتق^(٢).

والفرق: أن حال الموت حال البيئونة، فلا يلحقها طلاقه^(٣).

بخلاف العتق، فإن ملك الميت يبقى على العبد بعد موته، فلهذا تنفذ منه وصاياه، وتفضى ديونه، حتى لو قال: أنت حر بعد موتي صح، وعتق بموته^(٤).

(١) انظر: الهداية (١٦/٢)، المقنع (١٧٠/٣)، المحرر (٦٨/٢)، منتهى الإرادات (٢٧٣/٢).

(٢) انظر: الهداية (١٦/٢)، الكافي (٥٩٠/٢)، المحرر (٦/٢)، كشف القناع (٥٣٣/٤).

(٣) انظر: الكافي (٢١٦/٣)، الشرح الكبير (٤٦١/٤)، المبدع (٣١٢/٧)، منتهى الإرادات (٣/٤٧).

(٤) انظر: الهداية (١٦/٢)، الكافي (٥٩٠/٢)، المحرر (٦/٢)، كشف القناع (٥٣٣/٤).

ولو قال: أنت طالق بعد موتي لم تطلق^(١).

فصل

٤٩٠ - إذا قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر، فقدم قبل كمال شهر، لم تطلق.

وإن قدم بعد شهر وجزء يتسع لوقوع الطلاق، طلقت فيه^(٢).

فإن خالعه بعد اليمين^(٣) بيوم، وقدم زيد بعد الشهر بيومين صح الخلع، وبطل الطلاق.

وإن قدم بعد شهر وساعة، وقع الطلاق، دون الخلع^{(٤)(٥)}.

والفرق: أن الخلع في الأولى صادم محلاً، لأن بقدوم زيد بعد الشهر بيومين تبيناً: أن الخلع وقع وهي زوجة، لأن المراد: أنت طالق قبل قدومه بشهر من حين يميني، وقبل يمينه بشهر كانت مطلقة بالخلع، فلذلك صح الخلع دون الطلاق.

بخلاف الثانية، فإنه إذا قدم بعد شهر وساعة تبيناً: أن الخلع لم يصادفها زوجة، بل كانت مطلقة، فيقع الطلاق بتعليقه، وببطل الخلع لما ذكرنا^(٦).

فصل

٤٩١ - إذا قال: أنت طالق أمس، يريد الإيقاع مسنداً إلى ذلك الوقت، طلقت في الحال، لا في الزمان الماضي^(٧).

ولو قال: أنت طالق قبل موتي بشهر، ومات بعد شهر، وقع الطلاق قبل موته بشهر^(٨).

والفرق: أنه من المستحيل وقوع الطلاق قبل إيقاعه، فإذا قال: أنت طالق أمس، والإيقاع إنما وجد/ اليوم، لم يتصور وقوعه أمس، فلم يقع إلا بعد إيقاعه. [١/٥٩]

وأما المسألة الأخرى، فالطلاق لم يقع فيها قبل إيقاعه، بل بعده قبل الصفة على ما شرط.

- (١) انظر: الهداية (١٦/٢)، المقنع (١٧٠/٣)، المحرر (٦٨/٢)، منتهى الإرادات (٢٧٣/).
- (٢) انظر: المغني (١٧٣/٧)، الشرح الكبير (٤٦٠/٤)، كشاف القناع (٢٧٣/٥).
- (٣) انظر: الكافي (٢١٧/٣)، كشاف القناع (٢٧٣/٥).
- (٤) انظر: المغني (١٧٣/٧)، الشرح الكبير (٤٦٠/٤)، كشاف القناع (٢٧٤/٥).
- (٥) انظر: الهداية (١٦/٢)، المقنع (١٦٩/٣)، المحرر (٦٨/٢)، الإمتاع (٢٣-٢٢/٤).
- (٦) انظر: المغني (١٧٣/٧)، الشرح الكبير (٤٦٠-٤٦١/٤)، المبدع (٣١١/٧).
- (٧) انظر: الهداية (١٥/٢)، المقنع (١٦٨/٣)، المحرر (٦٧/٢)، غاية المنتهى (١٣٢/٣).
- (٨) انظر: الهداية (١٦/٢)، المقنع (١٧٠-١٦٩/٣)، المحرر (٦٨/٢)، غاية المنتهى (١٣٣/٣).

فصل

٤٩٢ - إذا قال: أنت طالق قبل أن أتزوج بك، طلقت في الحال.
ولو قال: أنت طالق أمس، لم تطلق. ذكرهما القاضي عن أبي بكر^(١).
والفرق: أن أمس زمان لا يعود ليقع به الطلاق.
بخلاف الأولى، فإنه زمان قد يأتي بعد، فيقع فيه عند نكاحه إياها، فيكون
حلقة قبل ذلك الوقت، فيقع طلاقه فيه^(٢).
قلت: والصحيح أن قوله: قبل أن أتزوج بك، كقوله: أمس، ولم تكن فيه
زوجة، كذا حكاه أبو البركات^(٣). قال: وحكي عن أبي بكر: تطلق هنا. يعني في
المسألة: قبل أن أتزوج بك.
بخلاف ما إذا قال: في أمس، حملاً للفظه على زوجية متوقعة في المستقبل.

فصل

٤٩٣ - إذا قلنا: يصح تعليق الطلاق^(٤) قبل النكاح، فقال: كل امرأة أتزوجها
فهي طالق إن كلمت فلاناً، فتزوج امرأة، ثم كلم فلاناً، ثم تزوج أخرى، طلقت التي
تزوجها قبل كلامه لا بعده.
ولو قال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها طالق، فتزوج ثم كلمه، ثم تزوج
أخرى، طلقت التي تزوجها بعد كلامه لا قبله.
والفرق: أنه إذا كلمه في الأولى طلقت، وانحلت يمينه، فإذا تزوج بعد الكلام
لم يحنث، لانحلال يمينه.
بخلاف الأخرى، فإن قوله: إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها طالق يحمل
على المستقبل، كما لو قال: كل امرأة أتزوجها طالق لم تطلق السابقة، بل المتأخرة،
كذا هنا، فافترقا.

فصل

٤٩٤ - إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، فتزوج امرأة، فطلقت، ثم عاد
فتزوجها، لم تطلق.

(١) الهداية (١٦/٢)، المقنع (١٦٨/٣)، المحرر (٦٨/٢)، الإنصاف (٣٦/٩)، الإقناع (٢٢/٤).

(٢) انظر: المغني (١٧٢/٧)، الشرح الكبير (٤٦٠/٤)، المبدع (٣١٠/٧).

(٣) المحرر (٦٨/٢).

(٤) انظر: الكافي (٢١١/٣)، المحرر (٦٢/٢)، الإنصاف (٥٩/٩)، الإرادات (٢٨٠/٢).

ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، تكرر الطلاق بتكرر الزوج بها.
والفرق: أن كل لا تقتضي التكرار، وتدخل على الأسماء فتجمعها، ولا تجمع
الأفعال، فعلى هذا تعليق الطلاق بالأولى بالاسم لا بالفعل، والاسم لا يتكرر، فقد
علق الطلاق بشرط لا يتكرر، فلا يتكرر جزاؤه.
بخلاف الثانية، فإن كلما تقتضي التكرار.

فصل

٤٩٥ - إذا قال: المرأة التي أتزوجها طالق ثلاثاً، ثم تزوج، طلقت ثلاثاً.
ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق ثلاثاً، فتزوجها، لم تطلق.
والفرق: أنه في الأولى عرفها بالنكاح، فلا تحصل معرفتها إلا به، فصار
التزويج شرطاً، والطلاق مضاف إلى الملك، فوقع عند وجوده.
بخلاف الثانية، فإنه عرفها بالإشارة، فلم يكن التزويج تعريفاً وشرطاً، بل
عرفناها بالإشارة، فصار موقعاً للطلاق/ في الحال، ولا نكاح بينهما، فلذا لم [ب/٥٩] تطلق.

فصل

٤٩٦ - إذا قال لزوجته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ثلاثة معاً،
طلقت طلقين، وتنقضي عدتها بوضع الثالث^(١).
ولو ولدتهم في ثلاثة بطون طلقت ثلاثاً، وعليها العدة بالأقراء.
والفرق: أن كلما تقتضي التكرار كما بينا، فيقع بالأولى طلقة وتجب العدة،
ويقع بالثاني أخرى لكونها في عدة وتنقضي العدة بالثالث، ولم يقع به شيء على ما
مر^(٢).
وأما إذا ولدتهم في بطون، وقع بالأول واحدة، والثاني يثبت نسبه منه،
والحكم بثبوت نسبه حكم بالوطء، من الزوج، فصار مراجعاً لها، فيقع بالثاني طلقة
ثانية، وكذا حكم الثالث، فلما ولدته وجد شرط الوقوع وهي زوجة فطلقت ثلاثاً،
ووجب العدة بالأقراء.

(١) انظر: الكافي (٣/٢٠٠)، المغني (٧/٢٠٦)، الإنصاف (٩/٨٢)، كشاف (٥/٢٩٥).

(٢) انظر: الكافي (٣/٢٠٠)، المغني (٧/٢٠٦)، كشاف القناع (٥/٢٩٦-٢٩٥)، مطالب أولي النهى (٥/٤٢٠).

فصل

٤٩٧ - إذا قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقين، فولدت ثلاثة في بطن: ذكراً ثم أنثى ثم ذكراً، أو أنثى ثم ذكراً ثم ذكراً، طلقت ثلاثاً.

ولو ولدتهم ذكراً، ثم ذكراً، ثم أنثى، طلقت واحدة^(١).

والفرق: أنها إذا ولدت أولاً ذكراً طلقت طلقة، وإذا ولدت أنثى طلقت طلقين، لأنها في عدة ما دام الثالث حملاً، وكذلك الصورة الأخرى.

بخلاف ما إذا ولدت أولاً ذكراً ثم ذكراً ثم أنثى، لا تطلق بالأول إلا طلقة، ولا تطلق بالثاني شيئاً، لانحلال يمينه بالذكر الأول، ولا يتكرر وقوع الطلاق، لأن إن لا تقتضي التكرار، وإذا وضعت الثالث بأنثى به، وانقضت العدة، فلا تلحقها الثالثة^(٢).

فصل

٤٩٨ - إذا قال لأربع: كلما ولدت واحدة منكن فصوا حباتها طوالق، فولدت اثنتان معاً، ثم اثنتان معاً، طلقت الوالدتان أولاً كل واحدة منهما ثلاثاً. وكل واحدة من الوالدتين أخيراً طلقين.

والفرق: أن بولادة الأولتين طلقت كل منهما طلقة بصاحبتهما، وبولادة الآخرين طلقين، فتكمل الثلاث.

وكل واحدة من الآخرين طلقين بالأولتين، وانقضت عدتهما بولادتهما، فلم يلحقهما بهما طلاق.

فصل

٤٩٩ - إذا قال: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق، فوضعت أنثى وذكراً، طلقت.

ولو كان مكانه: إن كان حملك، لم تطلق.

والفرق: أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، فكأنه قال: إن كان جميع حملك ذكراً، ولو قال ذلك فولدتها لم تطلق.

(١) انظر: الهداية (١٩/٢)، الكافي (٢٠١/٣)، المحرر (٧١٧٠/٢)، غاية المنتهى (١٤٧/٣).

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات (١٦٢/٣)، مطالب أولي النهى (٤١٩/٥).

بخلاف الأولى، فإن الحامل بذكر وأنثى حامل بأحدهما^(١).

فصل

٥٠٠ - إذا قال: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق طلقة، وإن كنت حاملاً بأنثى/ فأنت طالق طلقتين، فولدتها معاً طلقت ثلاثاً.^[٥٩/ب]
ولو كان مكان: إن كنت حاملاً، إن كان حملك، فولدتها معاً لم تطلق^(٢).
والفروق بينهما: ما تقدم^(٣).

فصل

٥٠١ - إذا قال لها، ولها ضرة: كلما طلقت ضرتك فأنت طالق، ثم قال مثله لضرتها، ثم قال: أنت طالق للمخاطبة أولاً، طلقت طلقتين، وضرتها طلقة.
ولو لم يقله إلا للثانية، طلقتا طلقة طلقة^(٤).
والفروق: أن بطلاقه للأولى يقع بها طلقة فيقع بضرتها طلقة، فيقع بها أخرى بطلاق الضرة.
بخلاف ما لو لم يقله إلا للثانية، فإنه يقع بها طلقة بالمباشرة، وبالأولى طلقة لطلاق الثانية.
فإن قيل: لم لا تطلق الضرة طلقة أخرى بطلاق الأولى لطلاقها.
قلنا: هو علق طلاقاً على إحداث طلاق على الأولى، وطلاق الأولى لطلاق الضرة ليس محدثاً، وإنما كان متعلقاً قبل تطليق الضرة.

فصل

٥٠٢ - إذا قال: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، فقالت: إن بدأتك بالكلام فعبيدي حر، ثم كلمها وكلمته، لم يقع طلاق ولا عتق.
ولو كلمته ثم كلمها، وقع العتق دون الطلاق.

(١) فروق الكرابيسي (١/١٧٢).

(٢) انظر: المغني (٧/٢٠٦)، الشرح الكبير (٤/٤٨٢)، المبدع (٧/٣٤١)، مطالب أولي النهى (٥/٤١٨).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٨٧)، المحرر (٢/٧٢)، الفروع (٥/٤٣٨)، الإمتاع (٤/٣٧).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٨٧)، المبدع (٧/٣٤٧)، كشاف القناع (٥/٢٩٩)، مطالب أولي النهى (٥/٤٢٤).

والفرق: أن يمينه انحلت بيمينها حيث بدأته، ويمينها انحلت ببداءته، فبرأ جميعاً.

بخلاف الثانية، فإنها حيث بدأته وقع العتق، ولا يقع طلاق لما ذكرنا^(١).

فصل

٥٠٣ - إذا قال: كلما أكلت رمانة فأنت طالق، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق، فأكلت رمانة، طلقت ثلاثاً.

ولو أتى بإن مكان كلما، طلقت طلقتين^(٢).

والفرق: أن كلما يقتضي التكرار، فطلقت بنصفها طلقتين، وبجملتها طلقة، فصارت ثلاثاً.

بخلاف إن، فإنه لا يقتضي التكرار، فتطلق واحدة بنصفها، وأخرى بأكملها، ولا يتكرر الوقوع بالنصف الآخر، لما ذكرنا من عدم اقتضاء إن للتكرار^(٣).

فصل

٥٠٤ - إذا حلف لا يلبس ثوباً هو لابس، أو لا يركب دابة هو راكبها، فاستدام ذلك، حنث.

ولو حلف لا يتزوج وهو متزوج، أو لا يتطيب وهو متطيب، فاستدامه، لم يحنث^(٤).

والفرق: أن استدامة الركوب واللبس ركوب ولبس، فقد ركب، ولبس فحنث. بخلاف التزوج والتطيب، فإن استدامتهما ليس تزوجاً ولا تطيباً، فلم يوجد شرط الوقوع، فلم يقع به^(٥).

فصل

٥٠٥ - إذا قال: إذا قعدت فأنت طالق، وهي قاعدة فاستدامته، طلقت. ولو قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق، وهي فيها، فاستدامت الكون فيها، لم

(١) انظر: المغني (٢١١/٧)، الشرح الكبير (٤٩٣/٤)، المبدع (٣٥٤/٧)، كشف القناع (٣٠٥/٥).

(٢) انظر: المقنع (١٨٥/٣)، المحرر (٦٤/٢)، الفروع (٤٢٩/٥)، الإمتاع (٣١/٤).

(٣) انظر: المغني (١٨٧/٧)، الشرح الكبير (٤٧٢-٤٧٣/٤)، كشف القناع (٢٨٨/٥).

(٤) انظر: (٣٣-١٣/٢)، المقنع (٥٨٩/٣)، المحرر (٨٠-٧٩/٢)، منتهى الإرادات (٥٥٦/٢).

(٥) انظر: المغني (٧٧٨/٨)، الشرح الكبير (١٢٧/٦)، المبدع (٣١٦/٩)، كشف القناع (٢٦٦/٦).

تطلق، على قول أبي الخطاب^(١).

والفرق: ما تقدم قبل.

فصل

٥٠٦ - إذا حلف لا يشرب/ له الماء من العطش، ناوياً قطع المنّة، حنث بكل [١/٦٠] ما له فيه منّة^(٢).

ولو حلف لا يلبس من غزلها وقصده قطع المنّة أيضاً، حنث إن انتفع بالغزل أو ثمنه، ولا يحنث بما لها فيه منّة^(٣).

والفرق: أن المحلوف عليه في الأولى وهو الماء ليس مقصوداً، فكأنه حلف أن لا يأخذ ما له فيه منّة.

بخلاف الثانية، فإن المحلوف عليه مقصود، وقد يحصل بينهما بسببه ما يوجب الحلف عليه، فاختص الحكم به^(٤)، فلذلك افترقا، والله أعلم.

فصل

٥٠٧ - إذا شهد اثنان بالطلاق، واختلفا في وقته، ثبت.

ولو كان نكاحاً، لم يثبت^(٥).

والفرق: أن الطلاق قول يحكى ويعاد، ولا يحتاج في صحته إلى اجتماع شهود، فثبت مع الاختلاف في وقته، كالإقرار بمال.

بخلاف النكاح، فإن صحته تفتقر إلى حضور شاهدين حال العقد، والحضور فعل لا يحكى ولا يعاد، فيكون الثاني غير الأول، وبكل واحد شاهد واحد، فلم يثبت بذلك^(٦).

فصل

٥٠٨ - إذا قال لمدخول بها: متى أو أي وقت لم تدخلني الدار فأنت طالق،

(١) انظر: الهداية (١٣/٢).

(٢) انظر: الهداية (٣٣/٢)، المقنع (٥٧٤/٣)، المحرر (٧٥/٢)، منتهى الإرادات (٥٤١/٢).

(٣) انظر: الهداية (٣٣/٢)، المقنع وحاشيته (٥٧٤/٣)، الإنصاف (٥٥٠-٥٤/١١)، الإمتاع (٤/٣٤١).

(٤) انظر: الكافي (٣٩٠/٤)، كشف القناع (٢٤٥-٢٤٧/٦).

(٥) انظر: الهداية (١٥٢/٢)، الكافي (٥٥٦/٤)، المحرر (٢٤١-٢٤٠/٣).

(٦) انظر: المغني (٢٤١/٩)، الشرح الكبير (٢٥٣-٢٥٢/٦)، المبدع (٢٠٩-٢٠٨/١٠).

فمضى زمن يمكن الدخول فيه ولم تدخل، طلقت واحدة، ولا يقع عليها غيرها.
ولو قال: كلما، فمضى زمن يمكن الدخول فيه ولم تدخل، طلقت، فإذا مضى
زمن آخر يمكن ذلك فيه طلقت ثانية، وكذا الثالثة^(١).
والفرق: أن متى وأياً لا يقتضيان التكرار، فإذا مضى زمن يمكن الدخول فلم
تدخل طلقت، وانحلت يمينه.
بخلاف كلما، فإنها تقتضي ذلك، فكلما أمكن الدخول فلم تدخل طلقت،
فتطلق ثلاثاً إذا مضى عليها ثلاثة أزمنة أمكنها الدخول فيها^(٢).

فصل

٥٠٩ - إذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار - بكسر الهمزة - فدخلت بعد
اليمين، طلقت.
ولو قال - بفتح الهمزة - فدخلت بعده لم تطلق، وإن كان قبله طلقت^(٣).
والفرق: أن إن في الأولى شرطية، والشرط للمستقبل، فيعمل به دون
الماضي.
بخلاف المفتوحة، فإنها للماضي، ومعناه: التعليل، فكأنه قال: أنت طالق
لدخولك^(٤).
قلت: وهذا إن كان يعرف العربية، وإلا كان حكم المفتوحة حكم
المكسورة^(٥)، والله أعلم.

فصل

٥١٠ - إذا قال: إن كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق، ففعل أحدهما لم تطلق،
وإن فعلهما طلقت واحدة.
ولو قال: بأو، وفعل أحدهما طلقت واحدة، وإن فعلهما طلقت طلقتين^(٦).
والفرق: أنه على الأولى علّق طلاقها تعليقاً واحداً على شرط واحد، وإذا كان

(١) انظر: الهداية (٢١/٢)، الكافي (٩١/٣)، المحرر (٦٥/٢)، الإمتاع (٣٢/٤).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٤٧٢/٤-٤٧٤)، المبدع (٣٣١/٧)، كشف القناع (٢٨٩/٥).

(٣) انظر: الهداية (٢١/٢)، المقنع (٨٦/٣)، المحرر (٦٥/٢)، الإمتاع (٣٢/٤).

(٤) انظر: المغني (١٩٨/٧)، الشرح الكبير (٤٧٥/٤)، المبدع (٣٣١/٧)، كشف القناع (٢٨٩/٥).

(٥) انظر: المغني (١٩٨/٧)، الشرح الكبير (٤٧٥/٤)، المبدع (٣٣١/٧)، كشف القناع (٤٨٩/٥).

(٦) انظر: الهداية (٢٢/٢)، المقنع (١٨٨/٣)، الإمتاع (٣٣/٤).

تعليقاً واحداً لم يقع حتى يوجد بشرطه، وهو الكلام والدخول جميعاً، فمتى تخلف أحدهما لم يوجد شرط الوقوع.

بخلاف/ الثانية، فإنه أتى بأو التي مقتضاها التعداد والمغايرة دون الجمع، [١٠] فيكون ذلك تعليقيين على شرطين، فأيهما وجد طلقت به طلاقاً، وإذا وجدا طلقت طلاقين^(١)، فظهر الفرق.

قلت: وإنما وجه المسألة على القول: بأن من حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لا يحنث، أما على القول: بحنثه ببعض فإنها تطلق بفعل أحدهما^(٢).

فصل

٥١١ - إذا قال: أنت طالق إلى شهر، ونوى من الآن إلى شهر، طلقت في الحال ولم يرتفع بعد الشهر^(٣).

ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي إلى شهر، فإذا مضى الشهر أبيحت بلا كفارة. نص عليه^(٤).

والفرق: أن الطلاق لا يقع إلا مؤبداً، فلا يرتفع بعد وقوعه.

بخلاف الظهار، فإنه يثبت التوقيت فيه من طريق التكفير، فإذا وقته لم يخرج عن مقتضاه، فلذلك صح مؤقتاً^(٥).

فصل

٥١٢ - إذا قال: أنت طالق في اليوم، وفي الغد، وفي بعد الغد، طلقت ثلاثاً في ثلاثة أيام.

ولو قال: بدون حرف في، طلقت واحدة^(٦).

قلت: على الصحيح.

والفرق: أن في للظرفية، فقد جعل الأيام ظروفاً لوقوع الطلاق فطلقت ثلاثاً،

(١) انظر: المغني (١٩٧/٧)، الشرح الكبير (٤٧٧/٤)، المبدع (٣٣٤/٧)، كشاف القناع (٥/١٩٢-٢٩٢).

(٢) الهداية (٢٢/٢).

(٣) انظر: الهداية (١٤/٢)، المقنع (١٧٤/٣)، المحرر (٦٦/٢)، الإمتاع (٢٨/٤).

(٤) انظر: الهداية (٤٨/٢)، المقنع (٢٤٢/٣)، المحرر (٩٠/٢)، الإمتاع (٨٥/٤).

(٥) انظر: المغني (٣٤٩/٧)، الشرح الكبير (٥٧١/٤).

(٦) انظر: الهداية (١٤/٢)، المحرر (٦٦/٢)، الفروع وتصحيحه (٤٢٠/٥)، الإردادات (٧٦/٢).

كما لو أظهر الفعل فقال: أنت طالق في غد، وطالق في اليوم، وطالق بعد غد، فإنها تطلق ثلاثاً، كذا هنا.

بخلاف الثانية، فإنه لم يأت فيها بالظرفية، فيكون المعنى: أنت طالق اليوم بالتطليق، وغداً وبعد غد به أيضاً، لأن المطلقة في اليوم مطلقة في غد، وفي بعد الغد^(١)، فافتقاراً.

فصل

٥١٣ - قلت: إذا قال: أنت طالق في الغد طلقت في أوله، فإن قال: أردت آخره، قبل منه في الحكم على رواية، ودُيِّن.

ولو قال: أنت طالق غداً، وقال: أردت آخره لم يقبل في الحكم، ولم يُدَيَّن^(٢)، نص عليه^(٣).

والفرق: ما ذكره الوالد في بعض تعاليقه: أنه في الأولى جعل الغد ظرفاً لوقوع الطلاق، لا أنه يقع في جميعه، بل في جزء منه، ألا ترى أنه لو لم ينو انصرف الطلاق إلى أول جزء منه لسبقه، فإذا نوى آخره فقد نوى ما يحتمله لفظه، فصحت نيته، وقبل منه، كما لو قال: أنت طالق ملء البيت فإنه يقع واحدة، فلو نوى ثلاثاً قبل. نص عليه في رواية ابن منصور^(٤)، وذكره أبو بكر في الشافي، وعلته: ما ذكرنا من احتمال اللفظ.

بخلاف الثانية، فإن قوله: غداً، يستغرق جميع الغد، لأن الفعل وقع فيه مستغرقاً له، فيعم جملة، ويقع في أول جزء منه لسبقه، ويصير هذا/ كما لو قال: لله علي أن أصوم شهر رجب، فإنه يلزمه صوم جميعه، ولو قال: أصوم في رجب أجراه صوم يوم منه، فإذا ادعى: أنه نوى في آخر الوقت، فقد ادعى بخلاف مقتضى اللفظ، لأن مقتضاه اتصافها بالطلاق في جميع اليوم، فلذلك لا يقبل منه^(٥).

فصل

٥١٤ - إذا قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم، طلقت إذا بقي من اليوم ما لا

(١) انظر: المبدع (٣١٨/٧)، حاشية المقنع (١٧٣/٣).

(٢) انظر: المقنع وحاشيته (١٧٢/٣)، المحرر (٦٦/٢)، الفروع وتصحيحه (٤١٩-٤١٨/٥).

(٣) انظر: المحرر (٦٦/٢).

(٤) انظر: المغني (٢٦٥/٧)، الشرح الكبير (٤٤٥/٤)، الإنصاف (١٢/٩).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٤٦٤-٤٦٣/٤)، كشف القناع (٢٧٨/٥)، مطالب أولي النهى (٣٩١/٥).

يتسع لطلاقها، قاله أبو الخطاب^(١).

والفرق: أنه في الأولى جعل مجيء الغد شرطاً لوقوع الطلاق في اليوم، وذلك مستحيل، فلم تطلق، كما لو قال: إن سعدت السماء^(٢).

بخلاف الثانية، فإن معنى اليمين فيها: أنت طالق اليوم إن فاتني طلاقك فيه، فإذا بقي من اليوم ما لا يتسع لطلاقها فقد فاته طلاقها فتطلق، كما لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، فإنها في آخر جزء من حياته تطلق، فكذا هنا^(٣).

قلت: وهذا الذي ذكره في الأولى هو أحد الوجوه، والآخر: تطلق في الحال، والآخر: في الغد^(٤). والله أعلم.

فصل

٥١٥ - إذا تزوج امرأة واشترى عبداً في يوم واحد، ثم قال لها: أنت طالق أمس، وله: أنت حر أمس، عتق ولم تطلق إذا أراد بقوله: طلاق زوجها قبله^(٥).

والفرق: أنه وصف العبد بكونه حراً أمس، وذلك يوجب تحریم استرقاقه. بخلاف الطلاق، فإنه وصفها بوقوعه عليها بالأمس من زوج قبله، وذلك لا يقتضي تحریمها عليه، فلم تطلق، فافترقا.

فصل

٥١٦ - إذا قال: أنت طالق نصف طلقة، وثلاث طلقة، وسدس طلقة، طلقت ثلاثاً.

ولو قال: نصف وثلاث وسدس طلقة، طلقت طلقة^(٦).

والفرق: أنه في الأولى أضاف كل جزء إلى طلقة فهي أجزاء ثلاث، فيسري كل جزء إلى تمامها، فلذلك طلقت ثلاثاً.

بخلاف الثانية، فإنه جمع أجزاء الطلقة وأضافها إلى طلقة واحدة، فلم تطلق إلا واحدة، كما لو قال: أنت طالق جميع أجزاء طلقة^(٧).

(١) في الهداية (١٤/٢). انظر: المقنع (١٧١/٣)، المحرر (٦٣/٢)، الفروع (٤١٨-٤١٩/٥).

(٢) انظر: المغني (١٧١/٧)، الشرح الكبير (٤٦٣/٤)، المبدع (٣١٥/٧)، كشاف القناع (٢٧٧/٥).

(٣) انظر: الكافي (٢١٤/٣)، الشرح الكبير (٤٦٤/٤)، المبدع (٣١٨/٧)، كشاف القناع (٢٧٩/٥).

(٤) انظر: المحرر (٦٣/٢)، الفروع (٤١٨/٥)، الإنصاف (٤٤/٩).

(٥) انظر: الهداية (١٥/٢)، المقنع (١٦٨/٣)، المحرر (٦٨/٢)، الإمتاع (٢٢/٤).

(٦) انظر: الهداية (١٠/٢)، المقنع (١٦٢-١٦١/٣)، المحرر (٥٨/٢)، الإمتاع (١٨-١٧/٤).

(٧) انظر: المغني (٢٤٣-٢٤٤/٧)، الشرح الكبير (٤٤٨/٤)، المبدع (٢٩٨/٧)، كشاف القناع (٥/٥).

فصل

٥١٧ - إذا قال لغير مدخول بها: أنت طالق طلقة قبل طلقة، لم تطلق إلا واحدة^(١).

ولو قال: قبلها طلقة، طلقت طلقتين، اختاره أبو بكر^(٢)، وأبو الخطاب^(٣).
والفرق: أن بقوله: أنت طالق طلقة يقع بها واحدة تبينها، وقوله: قبل طلقة، يقتضي أن يقع بعد الأولى أخرى، وذلك لا يتأتى، لأن الزوجة بانء بالأولى كما ذكرنا.

[٦١/ب] بخلاف قوله: قبلها طلقة، لأن ذلك يقتضي وقوع الطلقة القبلية قبل وقوع طلقة المواجهة، فبقوله: أنت طالق يقع بها طلقة المواجهة، وبقي إقراره بأنه أوقع عليها طلقة، فيلزمه حكمه^(٤)، فافترقا.

قال أبو عبد الله السامري: فإن قيل: فهلا قلتم: إذا قال: أنت طالق طلقة بعد طلقة كذلك، لأنها مثلها.

قال: قلنا: يتخيل ظاهراً أنها مثلها.

والفرق: أن بقوله: أنت طالق طلقة قبلها طلقة نجز وقوع التي واجهها بها، فوقعت، ثم أقر أنه أوقع قبلها طلقة أخرى، فلزمه حكم إقراره، لأنه أوقع الأخرى بعد ذلك.

بخلاف قوله: طلقة بعد طلقة، فإنه لم ينجز وقوع التي واجهها بها، بل آخر وقوع طلقة المواجهة حتى يقع قبلها طلقة، ثم تقع هي بعدها، فهو كما لو قال: إذا أوقعت عليك طلقة فأنت طالق، لم تقع الثانية إلا بعد الأولى، ومتى وقعت الأولى بانء بها، ولم تلحقها فافترقا.

قلت: قد ساق أبو البركات في محرره المسألتين، أعني: قوله: أنت طالق طلقة قبلها طلقة، وقوله: أنت طالق طلقة بعد طلقة، وجعل الحكم فيهما واحداً ناقلاً ذلك عن أبي الخطاب^(٥). ولا ريب أن معناهما متقارب، وقول المؤلف في قوله:

(١) انظر: الهداية (١٠/٢)، المقنع (١٦٤/٣)، المحرر (٥٦/٢)، الإمتاع (٢٠/٤).

(٢) انظر: الكافي (١٨٥/٣)، الإنصاف (٢٦/٩).

(٣) الهداية (١٠/٢). انظر: الشرح الكبير (٤٥٢-٤٥١/٤)، الفروع وتصحيحه (٤٠٤/٥)، الإنصاف (٢٦-٢٥/٩)، الإمتاع (٢٠/٤)، منتهى الإرادات (٢٦٩/٢).

(٤) انظر: الكافي (١٨٥/٣)، الشرح الكبير (٤٥١/٤)، المبدع (٣٠٣/٧).

(٥) الهداية (١٠/٢).

طلقة بعد طلقة: إنه لم ينجز وقوع التي واجهها بها، بل آخر وقوع طلقة المواجهة حتى يقع قبلها طلقة، ثم تقع هي بعدها، فيه نظر. فإن المطلق أوقع الطلقة ووصفها بكونها بعد طلقة، فكما قال في طلقة قبلها طلقة: إنه أقر بطلقة سابقة فلزمه حكم إقراره، نقول هنا: إن قوله طلقة بعد طلقة يقتضي إيقاع طلقة متقدمة على الطلقة المواجهة بها، فيلزمه حكم إقراره ويتصور طلقة بعد طلقة، وطلقة قبلها طلقة في حق غير المدخول بها، بأن يكون قد قال لها قبل ذلك: متى قلت لك: أنت طالق فأنت طالق مع القول، فيكون قوله الآن: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. أو هي بعد طلقة، ويريد علقتها قبل هذه، فوفقت مع وقوعها، والله أعلم.

فصل

٥١٨ - إذا قال لها: أنت طالق إن كلمت زيدا حتى يقدم عمرو، فكلمته قبل قدومه طلقت، ولو كلمته بعده، لم تطلق.
وإن قال: إن كلمت زيدا فأنت طالق حتى يقدم عمرو، فكلمته قبل قدومه أو بعده طلقت.

والفرق: أن الغاية في الأولى رجعت إلى الكلام لا إلى الطلاق، فتقديره: إن كلمت زيدا إلى أن يقدم عمرو فأنت طالق، فإذا كلمته قبل القدوم طلقت، وإن كلمته بعده لم تطلق.

بخلاف الثانية، فإنه/ علّق طلاقها على كلام زيد، فمتى كلمته طلقت، فقوله: إلى [١/١٢] أن يقدم عمرو غاية لطلاقها، فإذا غيّا الطلاق وقع في الحال، كما تقدم، فافترقا^(١).

فصل

٥١٩ - قلت: إذا أتى بصريح العتق في الطلاق، فقال لها: أنت حرة، ونوى الطلاق وقع^(٢).

ولو أتى بصريح الطلاق في العتق، فقال لأمته: أنت طالق، فهل تعتق؟ فيه وجهان^(٣).

والفرق: بينهما ما ذكره شيخنا أقضى القضاة رحمه الله وهو: أن قوله أنت حرة

(١) انظر: المبدع (٣٥٨/٧)، وانظر: كشاف القناع (٣٠٧/٥).

(٢) انظر: الهداية (٧/٢)، المقنع (١٤٨/٣)، المحرر (٥٤/٢)، الروض المربع (٢٩٤/٢).

(٣) انظر: الكافي (٥٧٥/٢)، المحرر (٣/٢)، الفروع وتصحيحه (٨٠/٥)، الإنصاف (٣٩٨/٧)، الإمتاع (١٣٢/٣).

يحصل به حل جميع القيود عن المعتقة، فجاز أن يحل به بعضها، وهو قيد النكاح^(١).

بخلاف قوله: أنت طالق، فإنه إنما يحل به قيد النكاح فقط، فيضعف أن يحل به جميع القيود^(٢).

فصل

٥٢٠ - إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً، وكانت يمينه طلاقاً أو عتاقاً، حنث.

وإن كانت مكفرة، لم يحنث^(٣).

والفرق: أن الطلاق والعتاق يتعلق بهما حق آدمي، فاستوى عمدهما وخطؤهما، كالقتل والإتلاف.

بخلاف اليمين المكفرة، فإن الحق فيها لله تعالى، فجاز التفرقة فيها بين العمد والسهو^(٤)، دليله: الأكل في الصوم ناسياً^(٥)، وترك التسمية على الذبيحة ناسياً^(٦)، فافترقا، والله أعلم.

كتاب الرجعة

فصل

٥٢١ - لا يجوز للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده^(٧)، فلو أذن له فتزوج، ثم طلق، فقياس المذهب: أنه يملك ارتجاعها بغير إذن سيده، قاله السامري^(٨).

(١) انظر: المغني (١٣٢/٧)، الشرح الكبير (٤٢٦/٤)، المبدع (٧/٢٧٥-٢٧٦)، كشاف القناع (٥/٢٥٠).

(٢) انظر: المغني (٣٣٢/٩)، الشرح الكبير (٣٤٩/٦)، المبدع (٦/٢٩٤).

(٣) انظر: المقنع (٢١٠/٣)، المحرر (٨١/٢)، الإمتاع (٤٧/٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٥٠٣/٤)، المبدع (٧/٣٧٠)، كشاف القناع (٥/٣١٥).

(٥) انظر: الهداية (٨٣/١)، المحرر (٢٢٩/١).

(٦) الهداية (١١٤/٢)، المقنع (٥٤٠/٣)، الإمتاع (٣١٩/٤).

(٧) انظر: الهداية (٢٦٤/١)، المقنع (٨١/٣)، المحرر (٣٤/٢)، منتهى الإرادات (٢٠٦/٢).

(٨) انظر: الكافي (٢٢٧/٣)، المحرر (٨٣/٢)، الفروع (٤٦٤/٥)، المبدع (٧/٣٩١)، الإمتاع (٤/٦٥).

قال: والفرق: أن ابتداء النكاح إنشاء تصرف في خالص ملك السيد، فلا يصح بدون إذنه، كما لو باع نفسه.

بخلاف الرجعة، فإنها ليست تصرفاً في خالص ملك السيد، وإنما هي تصرف من العبد في خالص ملك نفسه، لأن الرجعة من حقوق النكاح، والحق فيه له، لا لسيده.

قلت: وهذه المسألة لم أرها منصوطة في كلام أصحابنا، لكن الخطيب أبا عبد الله بن تيمية^(١) قال في البلغة: كل من صح قبوله للنكاح، صح ارتجاعه، وكذا قال صاحب الرعاية، فربما فهم من هذا: أن العبد لا يرجع إلا بإذن سيده، لأنه إنما يصح قبوله للنكاح بالإذن، فكذا رجعه، ثم المعنى الذي لأجله منع العبد من التزوج ابتداء موجود في الرجعة، والله أعلم.

فصل

٥٢٢ - إذا قال للرجعية: قد راجعتك إن شئت، فقالت: قد شئت. لم تحصل الرجعة^(٢).

ولو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئت، طلقت^(٣).

والفرق: أن الرجعة عقد لازم، فلا يصح تعليقها بشرط، كالنكاح. والطلاق ليس عقداً لازماً، بل إزالة ملك فصيح معلقاً بشرط، كالعتق.

فصل

٥٢٣ - إذا قال: راجعتك للمحبة أو للإهانة، ونوى: من أجل محبتي لك، أو لما لحقتك من الإهانة بالطلاق، صحت الرجعة.

وإن نوى بقوله للمحبة: أنه كان يحبها قبل النكاح/، وقد رجعها إلى تلك [٦٢/ب] المحبة، أو رجعها إلى الإهانة التي كانت فيها قبل النكاح، لم يصح. والفرق: أنه في الأولى أتى بصريح الرجعة، وذكر علتها، فكان ذلك مؤكداً لصحتها.

بخلاف الأخرى، فإنه أخبر عما يصلح اللفظ له، وأنه راجعها إلى غير زوجيته^(٤).

(١) انظر: ذيل طبقات الحنابلة (١٥١/٢)، المقصد الأرشد (٤٠٦/٢)، شذرات الذهب (١٠٢/٥).

(٢) انظر: الهداية (٤٢/٢)، المقنع وحاشيته (٢٢٣/٣)، المحرر (٨٣/٢)، الإمتاع (٤٣/٤).

(٣) انظر: المقنع (٢٠٣/٣)، المحرر (٧١/٢)، الفروع (٤٦٥/٥)، الإمتاع (٦٦/٤).

(٤) انظر: المغني (٢٨٥-٢٨٤/٧)، الكافي (٢٣٠/٣)، الشرح الكبير (٥٢٢/٤)، كشاف القناع (٥/٣٤٢).

فصل

٥٢٤ - لا تصح الرجعة في الردة^(١). رواية واحدة.

وتصح في الإحرام. في أصح الروايتين^(٢).

والفرق: أن تحريم الإحرام لا يفضي إلى زوال الملك، فتصح فيه الرجعة كزمان الحيض.

بخلاف تحريم الردة، فإنه يفضي إلى زوال الملك، فتنافيه الرجعة^(٣).

قلت: ليس في الرجعة زمن الردة عن الإمام أحمد رضي الله عنه رواية^(٤)، وإنما أكثر الأصحاب على البطلان. وقال ابن حامد، والقاضي: تكون موقوفة، إن أسلم المرتد منهما في العدة صحت، وإن لم يسلم في العدة تبيننا: أن الفرقة وقعت قبل الرجعة^(٥)، هذا على القول: بأن الفرقة لا تتعجل^(٦).

فصل

٥٢٥ - إذا وطئ مطلقته الرجعية بشبهة، وقد بقي من عدتها قرؤ واحد، لزمها استئناف العدة ثلاثة قروء، وله ارتجاعها في القرء الأول، دون القرءين الآخرين.

والفرق: أن القرء الأول بقية عدة الطلاق، فصح الارتجاع فيه، كما لو لم يطأها.

بخلاف القرءين الآخرين، فإنهما ليسا من عدة الطلاق، وإنما هما بقية عدة الوطء بالشبهة، فلم يصح الارتجاع فيهما، كما لو لم يطأها، فافتراقا^(٧).

(١) انظر: الهداية (٤٢/٢)، المقنع (٢٢٣/٣)، المحرر (٨٣/٢)، الفروع وتصحيحه (٤٦٥/٥).

(٢) انظر: الهداية (٩٤/١)، الكافي (٤٠٢/١)، المحرر (٢٣٨/١)، الروض المربع (١٣٩/١).

(٣) انظر: المغني (٢٨٥/٧)، الشرح الكبير (٥٢٤/٤).

(٤) انظر: الفروع وتصحيحه (٤٦٥/٥).

(٥) انظر: الكافي (٢٣١/٣)، الشرح الكبير (٥٢٤/٤)، الإنصاف (١٥٧/٩).

(٦) انظر: المقنع مع الإنصاف (٢١٦/٨)، الفروع وتصحيحه (٢٥٠-٢٤٩/٥)، الإمتاع (٢٠٤/٣).

(٧) انظر: المغني (٢٩٣-٢٩٤/٧)، الكافي (٢٣٤/٣)، انظر: الكافي (٢٢٩/٣)، المحرر (٨٣/٢)،

الإنصاف (١٥٤/٩)، منتهى الإرادات (٣١٣/٢).

كتاب الإيلاء

فصل

٥٢٦ - الإيلاء في النكاح الفاسد لا يتعلق به حكم الإيلاء في الصحيح^(١).

والطلاق في فاسد النكاح كهو في الصحيح^(٢).

والفرق: أن الطلاق إزالة ملك بني على التغليب والسراية، فنفذ في الفاسد، كالصحيح إذا لم يسقط به حق الغير، كالكتابة الفاسدة، فإن العتق ينفذ فيها، كالصحيحة^(٣).

بخلاف الإيلاء، فإن حكمه ضرب المدة لاستدعاء الوطاء، والوطء فيه حرام، والحرام لا يستدعي بالشرع.

فصل

٥٢٧ - إذا قال لأربع زوجات: والله لا وطئتكن، لم يكن مولياً من الجميع.

ولو قال: والله لا وطئت واحدة منكن، ولا نية^(٤) له كان مولياً من الجميع^(٥).

والفرق: أن قوله في الثانية نفي في نكرة فيعم، كما لو قال لكل واحدة: لا وطئتكن.

بخلاف الأولى، فإنه منع نفسه من وطء جميعهن، ولو وطئ منهن واحدة أو اثنتين، لم تلزمه كفارة^(٦).

وهذا على القول بعدم الحنث بفعل بعض المحلوف عليه، فلو وطئ منهن ثلاثاً، صار مولياً من الرابعة، لأن الإيلاء تعين في حقها^(٧).

فصل

٥٢٨ - إذا قال: والله لا جامعتك إلا جماع سوء، ونوى الدبر، أو دون الفرج،

فهو مول.

(١) انظر: الفروع (٥/٤٧٣)، المبدع (٨/١٨).

(٢) انظر: الهداية (٣/٢)، المقنع (٣/١٣٥)، المحرر (٢/٥٠)، الإمتاع (٤/٥).

(٣) انظر: الشرح الكبير (٤/٤٠٨)، كشاف القناع (٥/٢٣٧)، مطالب أولي النهى (٥/٣٢٧).

(٤) انظر: المقنع وحاشيته (٣/٢٣٥).

(٥) انظر: الهداية (٢/٤٤)، المقنع (٣/٢٣٥)، المحرر (٢/٨٦)، منتهى الإرادات (٢/٣٢٠).

(٦) انظر: المغني (٧/٣٠٩-٣١٠)، الشرح الكبير (٤/٥٤٦)، كشاف القناع (٥/٣٦٠-٣٦١).

(٧) انظر: الكافي (٣/٢٤٤)، المحرر (٢/٨٦)، الشرح الكبير (٤/٥٤٦)، الإنصاف (٩/١٨٠).

وإن نوى ضعفه بحيث لا يزيد على التقاء الختاتين، فليس بمول^(١).
والفرق: أنه إذا أراد ما ذكر في الأولى/ فقد منعها الجماع الشرعي، ولا يخرج من الإيلاء إلا به، فلذلك كان مولياً.
بخلاف الثانية، فإن الجماع الضعيف يخلصه من الإيلاء^(٢).

فصل

٥٢٩ - إذا قال: إن وطئتك فلله عليّ صوم شهر، فهل يكون مولياً؟ فيه روايتان^(٣).

فإن قلنا: يكون مولياً، فقال: إن وطئتك فلله عليّ صوم هذا الشهر، لم يكن مولياً، قولاً واحداً^(٤).

والفرق: أنه إذا أطلق الشهر أمكن أن يصومه بعد وطئه ومضى مدة التربص، فصار كما لو قال في المحرم: إن وطئتك فلله عليّ صوم ذي الحجة من هذه السنة، ولو قال ذلك كان مولياً، فكذلك ها هنا.

بخلاف الثانية، فإنه إذا ترك الوطء فيه انحل نذره، لأنه إذا وطئ بعده امتنع فعل المندور، فكأنه قد حلف على ترك الوطء شهراً، فلا يكون مولياً بذلك، فافترقا^(٥).

فصل

٥٣٠ - إذا فاء المولي بعد المدة تخلص من الإيلاء^(٦).

ولو طلقها تخلص من المطالبة، لا من الإيلاء^(٧).

والفرق: أنه بالفيئة يحنث، وتنحل اليمين، فيسقط حكمها، وبالإطلاق لا تنحل اليمين، فيبقى حكمها، فإن عاد إليها وقد بقي من المدة أكثر من أربعة أشهر وقف لها كالأول، وإن بقي أربعة أشهر فما دون، فليس لها المطالبة بالفيئة^(٨)، فافترقا.

(١) انظر: الهداية (٤٥/٢)، المقنع (٢٣١/٣)، الإمتاع (٧٣/٤).

(٢) انظر: المغني (٣١٢/٧)، الشرح الكبير (٥٣٧/٤)، المبدع (٥/٨)، كشاف القناع (٣٥٤/٥).

(٣) انظر: المغني (٢٩٩/٧)، الشرح الكبير (٥٣٩/٤)، الإنصاف (١٧٣/٩)، غاية المنتهى (٣/١٧٧).

(٤) انظر: الهداية (٤٦/٢)، الكافي (٢٣٩/٣)، المحرر (٨٦/٢)، الفروع (٤٧٦/٥).

(٥) انظر: المغني (٢٩٩/٧)، الشرح الكبير (٥٣٩/٤)، المبدع (٩/٨)، كشاف القناع (٣٥٦/٥).

(٦) انظر: الهداية (٤٦/٢)، المقنع (٢٣٧/٣)، المحرر (٨١/٢)، الإمتاع (٨١/٤).

(٧) انظر: الهداية (٤٦/٢)، الكافي (٢٥١/٣)، الإمتاع (٨٠/٤).

(٨) انظر: المغني (٣٣٣/٧)، المبدع (٢٣/٨)، كشاف القناع (٣٦٤/٥).

فصل

٥٣١ - إذا امتنع المولي من الفیئة والطلاق، طلق الحاكم علیه .
ولو أسلم وتحت أكثر من أربع فأبی أن یختار، حُسِّنَ وَضِیْقٌ علیه لیختار، ولا یختار الحاكم عنه .
والفرق: أن الحق فی الإیلاء لواحدة بعینها، والطلاق تدخله النیابة، فاستوفاه الحاكم، كالدين .
والحق فی الاختیار لجماعتهن له، فلم یقم الحاكم فی مقامه^(١) .

كتاب الظهار

فصل

٥٣٢ - إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي، وقال: لم أرد به الظهار، لم يقبل، وكان ظهاراً .
وإن قال: أنت علي كأمي، أو مثل أمي، وقال: نويت غيره، قبل^(٢) .
والفرق: أن قوله: أنت علي كظهر أمي صريح في الظهار^(٣)، لا یحتمل غيره، فلم یقبل منه صرفه عن ظاهره كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً في حال خصومة، فإنه لا یقبل^(٤)، كذا هنا .
بخلاف الثانية، فإنه یحتمل أن یرید التحريم، ویرید فی الكرامة، فإذا نوى أحدهما فقد نوى ما یحتمله اللفظ^(٥)، كما لو قال: أنت طالق، وقال: أردت من وثاق، فإنه یقبل^(٦)، كذا هنا .

فصل

٥٣٣ - إذا قال لأجنبية: أنت علي كظهر أمي، صار مظاهراً، لا یحل له وطؤها

(١) انظر: المغني (٣٣١/٧)، الشرح الكبير (٥٥٩/٤)، المبدع (٢٨/٨)، كشف القناع (٣٦٧/٥).

(٢) انظر: الهداية (٤٧/٢)، الكافي (٢٥٦-٢٥٧/٣)، الإنصاف (٩٣-١٩٤/٩)، الإقناع (٨٣-٨٢/٤).

(٣) انظر: المغني (٣٤٠/٧)، الإفصاح (١٦٣/٢).

(٤) انظر: الكافي (١٦٩/٣)، الشرح الكبير (٤٢٢/٤)، الإنصاف (٤٦٦/٨).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٥٦٤/٤)، المبدع (٣٢/٨)، كشف القناع (٣٧٠/٥).

(٦) انظر: الكافي (١٦٩/٣)، المحرر (٥٣/٢)، كشف القناع (٢٤٧/٥).

إن تزوجها حتى يكفر^(١).

ولو قال لها: أنت طالق، لم تطلق إن تزوجها^(٢).

والفرق: أن الطلاق حل عقد، فلا يصح تقدم الحل على العقد.

بخلاف الظهار، فإنه تحريم للوطء بمعنى يزول، وهذا لا يمنع مقارنة العقد،
ب[٦٣] بدليل: صحة العقد حال/ حيضها، فيصح انعقاده قبل النكاح، كاليمين بالله تعالى^(٣)، فافترقا.

فصل

٥٣٤ - قلت: إذا قالت لزوجها: أنت عليّ كظهر أبي، فليست مظهرة. في الصحيح عنه^(٤).

ولو قالت قبل النكاح: إن تزوجت فلاناً فهو عليّ كظهر أبي، فهي مظهرة. نص عليه^(٥).

والفرق: ما روي أن مصعب بن الزبير^(٦) خطب عائشة بنت طلحة^(٧)، فقالت: هو عليّ كظهر أمي إن تزوجته، ثم رغبت فيه، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ، فأمروها: أن تعتق رقبة وتزوجه، قال مولاهما: فأعتقتني في ظهارها ذاك وتزوجته. رواه سعيد والأثرم في سننهما.

ومن حيث المعنى ما ذكره لي بعض أصحابنا الدمشقيين: وهو أنها في الأولى لا تملك ذلك، لأن فيه إسقاطاً لحق الزوج بعد ملكه له، فلم يكن لها ذلك، كما لو منعه من الوطء بغير ذلك.

بخلاف الثانية، فإنها تملك منع نفسها ممن تزوج به، لأن حقه ليس ثابتاً عليها، فزمام أمرها بيدها، فاعتبر قولها، ثم وجدت شيخنا صفي الدين بن عبد الحق، قد ذكر هذا الفرق ومعناه في شرحه.

(١) انظر: الهداية (٤٨/٢)، المقنع (٢٤١/٢)، المحرر (٩٠/٢)، منتهى الإرادات (٣٢٦/٢).

(٢) الهداية (١٢/٢)، المقنع (١٧٧/٣)، المحرر (٦٢/٢)، منتهى الإرادات (٢٨٠/٢).

(٣) المغني (٣٥٥/٧)، الشرح الكبير (٥٧٠/٤)، كشاف القناع (٣٧٣/٥).

(٤) المقنع (٢٤٠/٣)، المحرر (٨٩/٢)، الإنصاف (٢٠٠/٩)، الإمتاع (٨٤/٤).

(٥) انظر: المحرر (٨٩/٢).

(٦) انظر: تاريخ بغداد (١٠٥/١٣)، سير أعلام النبلاء (١٤٠/٤)، البداية والنهاية (٣٤١/٨).

(٧) انظر: سير أعلام النبلاء (٣٦٩/٤)، البداية والنهاية (٣٣٩/٩)، تهذيب التهذيب (٣٤١/٨).

فصل

٥٣٥ - إذا قال لأجنبية: والله لا وطئتكَ سنة، ثم تزوجها، فإذا تزوجها قبل انقضاء السنة لزمته الكفارة^(١)، إلا أنه لا يكون مولياً^(٢) بحيث يؤجل، كاليمين بعد العقد.

ولو ظاهر منها قبل العقد كان كما لو ظاهر بعده في التحريم.
والفرق: أن المولى إنما يؤجل لقصده بيمينه الإضرار، وهذا القصد لا يكون قبل النكاح، فلهذا لم يؤجل.
بخلاف الظهار، فإن أكثر ما فيه أنه يتضمن تحريمها عليه قبل الكفارة، وهذا يوجد قبل النكاح، كما يوجد بعده، فظهر الفرق.

فصل

٥٣٦ - إذا قال لأجنبية: أنت علي كظهر أمي، ونوى في تلك الحال، صار مظاهراً.

ولو قال: أنت عليّ حرام، ونوى في تلك الحال، لم يصّر مظاهراً.
والفرق: أن قوله في الأولى صريح في الظهار في الزوجة والأجنبية، وإذا نوى به في تلك الحال لم يقبل، لأنها ليست في التحريم عليه كأمه، فقد نوى ما لا يحتمله اللفظ فلم يقبل.
بخلاف قوله في الثانية، فإنه كناية في الأجنبية، لأنه إذا نوى حرمتها في تلك الحال فقد نوى ما يحتمله اللفظ، وإن قصد في كل حال فهو مظاهر، لأنه وصفها بما ليس صفة لها في كل حال، لأن الأجنبية تحرم في حال دون حال^(٣).

فصل

٥٣٧ - إذا قال لزوجته: أنت عليّ حرام، صار مظاهراً^(٤).
ولو قال: كالمتة والدم، لم يكن مظاهراً. في إحدى الروايتين^(٥).

-
- (١) انظر: المغني (٣١٢/٧)، المحرر (٨٥/٢)، المبدع (١٨/٨)، الإمتاع (٧٩/٤).
(٢) انظر: المغني (٣١٢/٧)، المحرر (٨٥/٢)، المبدع (١٨/٨)، الإمتاع (٧٩/٤).
(٣) انظر: المغني (٣٥٩-٣٥٨/٧)، الشرح الكبير (٥٧٠/٤)، المبدع (٣٩/٨)، كشاف القناع (٥/٣٧٣).
(٤) انظر: الهداية (٤٧/٢)، المقنع (٢٣٩/٣)، المحرر (٥٥/٢)، متهى الإرادات (٣٢٥/٢).
(٥) انظر: المغني (١٥٧/٧)، الفروع (٣٩٢/٥)، الإنصاف (٤٩٠/٨)، الإمتاع (١٢/٤).

والفرق: أن قوله في الأولى نص في تحريم الزوجة، أكد من قوله: كظهر أمي، لأن ذلك تشبيه لها بالمحرم، والنص على التحريم أكد من التشبيه به، فكان ظهاراً، كانت عليّ كظهر أمي.

[١٧٦] بخلاف الثانية، فإنه شبهها بما ليس محلاً للتمتع، / ولا هو من جنس متعلق الطهارة، فلم يكن ظهاراً، كظهر البهيمة. على الصحيح، فافترقا.

فصل

٥٣٨ - إذا قال لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي، ونوى به الطلاق، لم يكن طلاقاً.

ولو قال: أنت عليّ حرام، ونوى به الطلاق، كان طلاقاً. في إحدى الروايات^(١).

والفرق: أن قوله: أنت عليّ كظهر أمي صريح في الطهارة لا يحتمل الطلاق، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلم يصح كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً، ينوي به الطهارة. بخلاف قوله: أنت عليّ حرام، فإنه يحتمل الطلاق كما يحتمل الطهارة، فقد نوى ما يحتمله لفظه فصح كسائر كنايات الطلاق، فافترقا^(٢).

قلت: وهذا الذي ذكره السامري من: أنت عليّ حرام، يحتمل الطلاق، كما يحتمل الطهارة، يناقض قوله في الفصل المتقدم: أنت عليّ حرام أكد من: أنت عليّ كظهر أمي، لأن المحتمل لشئيين كيف يكون أكد في أحدهما مما لا يحتمل غيره؟ هذا لا يتوجه، فإن قوله: أنت عليّ كظهر أمي لولا شدة لزومه لباب الطهارة بحيث لا تستعمل إلا فيه لم يكن نصاً فيه، خلافاً لما يستعمل تارة في الطهارة، وتارة في الطلاق، فقد بان بما ذكرنا ما في كلام المصنف من النظر، والله أعلم.

فصل

٥٣٩ - إذا وجبت على إنسان كفارة ظهار، فقال له آخر: أعتق عبدك عن كفارتك على أن علي عشرة دراهم، ففعل، ثم قال: لا أريدها، لم يصح الرد، ولم يقع العتق عن الكفارة.

ولو قال قبل العتق: لا أريد الدراهم، ثم أعتقه عن كفارته، وقع العتق عنها.

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١٧٩/٢)، الكافي (١٧٣/٣)، المحرر (٥٥/٢)، الفروع وتصحيحه (٣٩٠/٥)، الإمتاع (١٢/٤).

(٢) انظر: الروايتين والوجهين (١٨١/٢)، المغني (١٥٥/٧)، الشرح الكبير (٤٣٢/٤).

والفرق: أن العتق في الأولى وقع على صفة، فلم يصح أن ينتقل عنها، كما لو أعتقه على البذل، ولم ينو الكفارة.
بخلاف الثانية، فإنه بالرد تمحض عن الكفارة^(١).

فصل

٥٤٠ - إذا قال لها: إن ظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت عليّ كظهر أمي، ثم قال لفلانة ذلك، صار مظاهراً من زوجته^(٢).
ولو كان عوض الظهار طلاقاً، لم تطلق زوجته. ذكرهما القاضي.
والفرق: أن الظهار من الأجنبية يصح، فقد وجد شرط ظهار زوجته، فصار مظاهراً.
بخلاف الطلاق، فإنه لا يصح من الأجنبية، فلم يوجد شرط الطلاق، فلم تطلق.

فصل

٥٤١ - إذا أعتق في كفارة الظهار مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة، لم يجزئه.

ولو كانت كل أصبع من يد، أجزاءه.
والفرق: أن الضرر في الأولى كثير، وفي الثانية يسير^(٣).

فصل

٥٤٢ - إذا أعتق مقطوع الإبهام، لم يجزئه^(٤).
ولو أعتق مقطوع غيرها، أجزاءه.
والفرق: ما تقدم.

فصل

٥٤٣ - لا يجوز دفع الطعام في الكفارة إلى مكاتب^(٥).

-
- (١) انظر: الشرح الكبير (٥٨٤/٤)، كشاف القناع (٣٨١/٥)، مطالب أولي النهى (٥٢٣/٥).
(٢) انظر: المغني (٣٥٠/٧)، الشرح الكبير (٥٧٢/٤).
(٣) انظر: المغني (٣٦٠/٨)، الشرح الكبير (٥٨٢/٤)، المحرر (٩٢/٢)، شرح منتهى الإرادات (٣/٢٠٢).
(٤) انظر: المغني (٣٦٠/٨)، الشرح الكبير (٥٨٢/٤)، الفروع (٤٩٨/٥)، الإنصاف (٢١٦/٩)، الإمتاع (٨٩/٤)، منتهى الإرادات (٣٢٩/٢).
(٥) انظر: الهداية (٢٥/٢)، المغني (٣٧٦/٧)، المحرر (٩٣/٢)، الإنصاف (٢٢١/٩)، منتهى الإرادات (٣٣١/٢).

[٦٤/ب] ويجوز دفع الزكاة/ إليه^(١).

والفرق: أن الكفارة متعينة للمساكين، فلا يتجاوز بها إلى غيرهم، والمكاتب غير مسكين، لأن الله تعالى عدّ أصناف أهل الزكاة فذكر المكاتب، ولو كان مسكيناً لما أفردته عنهم، وإذا لم يكن مسكيناً لم يجز دفع الكفارة إليه. بخلاف الزكاة، فإن النص ورد بكونه من مستحقيها^(٢).

فصل

٥٤٤ - يجزىء إطعام الخبز في الكفارة^(٣).

ولا يجزىء إخراجه في الفطرة^(٤).

والفرق: أن النبي ﷺ نص على المخرج في صدقة الفطر، ولم يذكر فيه الخبز، فلم يجز إخراجه.

وفي الكفارة نص على الإطعام لا على المطعوم، وإخراج الخبز إطعام^(٥).

فصل

٥٤٥ - إذا تخلل صوم الكفارة وطء، لزمه استثنافه^(٦).

ولو تخلل إطعامها، لم يبطل الماضي، وأخرج ما بقي، ذكره القاضي^(٧).

والفرق: بأن الصوم من شرطه التتابع، وتقديمه على الوطء. بدليل قوله تعالى: ﴿وَمِنْ قَبْلِ أَنْ يَمَاسَ﴾ [المجادلة: الآية ٣] فإذا تخلل الوطء بطل ما مضى، لفقد التتابع وتأخر بعضه عن المسيس.

بخلاف الإطعام، فإنه لا يشترط له التتابع، ولا التقدم على المسيس^(٨).

(١) انظر: الهداية (٧٩/١)، الكافي (٣٣٤/١)، منتهى الإرادات (٢٠٩/١).

(٢) انظر: المغني (٣٧٦/٧)، الشرح الكبير (٥٩٣/٥)، المبدع (٦٥/٨).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (١٨٩/٢)، المغني (٣٧٤/٧)، المحرر (٩٣/٢)، الإنصاف (٩/٢٣١)، منتهى الإرادات (٢/٢٣٢).

(٤) انظر: الهداية (٧٦/١)، الكافي (٣٢٣/١)، المحرر (٢٧/٢)، منتهى الإرادات (٢٠٢/١).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (١٩٠/٢)، الكافي (٢٧٣/٣).

(٦) انظر: الهداية (٥١/٢)، المقنع (٢٥١/٣)، غاية المنتهى (١٨٨/٣).

(٧) انظر: الروايتين والوجهين (١٩٠/٢)، المغني (٣٧٢/٧)، الإنصاف (٢٢٨/٩)، غاية المنتهى (٣/١٨٩).

(٨) الروايتين والوجهين (١٩٠/٢)، المغني (٣٧٣/٧)، الشرح الكبير (٥٩٨/٤)، زاد المعاد (٥/٣٣٨).

فصل

٥٤٦ - إذا وطئ المظاهر منها ليلاً أو نهاراً ناسياً قبل تمام الصوم، انقطع التابع، في إحدى الروايتين^(١).

ولو وطئ غيرها في هاتين الحالتين، لم ينقطع التابع. رواية واحدة^(٢).
والفرق: أن الله تعالى شرط تقديم صيام الكفارة متتابعاً على وطئ المظاهر منها، فإذا وطئها فيه لم يحصل الصوم المتتابع قبل المسيس، فلذلك وجب الاستئناف.

بخلاف غيرها، فإنه لم يمنع من وطئها منعاً يختص الكفارة، فلم ينقطع التابع بوطنها^(٣)، كما لو وطئ زوجته في كفارة الوطء في رمضان^(٤).

فصل

٥٤٧ - إذا كفر من جنسين فأعتق نصف رقبة، وصام شهراً، لم يجزئه^(٥).
ولو أطعم في كفارة اليمين خمسة، وكسى خمسة، أجزأه^(٦).
والفرق: أنه في الأولى لم يأت بالمأمور به، ولا المقصود منه. إذ المقصود بالعتق تكميل حرية العبد، وبالإطعام إحياء ستين مسكيناً، فلذلك لم يجزئه.
بخلاف الثانية، فإن الغرض بالكسوة والإطعام واحد، وهو إحياء النفس بدفع الجوع، وأذى الحر والبرد، وإذا كان المقصود متفقاً أجرياً مجرى الجنس الواحد.
فلو أراد أن يعتق نصف رقبة، ويكسو أو يطعم خمسة، لم يجزئه، كالمسألة الأولى^(٧).

فصل

٥٤٨ - قلت: إذا لزمته كفارة الظهار وهو معسر عن الرقبة، أجزأه الصوم، فلو

-
- (١) انظر: الهداية (٥١/٢)، المغني (٣٦٧/٧)، المحرر (٩٣/٢)، الإنصاف (٢٢٧/٩).
(٢) المغني (٣٦٨/٧)، المحرر (٩٣/٢)، الشرح الكبير (٥٩٢/٤)، الفروع (٥٠٥/٥)، الإنصاف (٢٢٨/٩)، الإمتاع (٩٢/٤)، منتهى الإرادات (٣٣١/٢).
(٣) انظر: المغني (٣٦٨/٧)، الكافي (٢٧١-٢٧٠/٣)، الشرح الكبير (٥٩٢/٤)، كشف القناع (٣٨٥-٣٨٤/٥).
(٤) انظر: الفروع (٨٦/٣)، الإنصاف (٣٢٣/٣).
(٥) انظر: الهداية (٥٢/٢)، الفروع (٣٥١/٦)، الإنصاف (٤٠/١١)، الإمتاع (٣٣٨/٤).
(٦) انظر: الهداية (٥٢/٢)، الكافي (٣٨٦/٤)، الفروع (٣٥١/٦)، الإمتاع (٣٣٨/٤).
(٧) انظر: الهداية (٥١/٢)، الكافي (٣٨٦/٤)، الإمتاع (٣٣٨/٤).

تكلف العتق أجزأه^(١).

ولو كان عبداً فلزمته الكفارة، ثم عتق وأيسر، لم يجزئه غير الصوم^(٢).
والفرق: أن الاعتبار بحال الوجوب، وعند ذلك لم يكن يجزىء/ العبد إلا
الصوم، لعدم تأتي العتق منه.
بخلاف الحر، فإنه لو أعتق مع الإعسار أجزأه، وساغ منه. والله أعلم.

[١/٦٥]

كتاب القذف

فصل

٥٤٩ - إذا قال لزوجته: يا زانية أنت طالق ثلاثاً لزمه الحد، وله إسقاطه
باللعان.

ولو أخر قوله: يا زانية، لم يملك إسقاط الحد باللعان^(٣).
والفرق: أنه في الأولى قذف زوجته. فملك إسقاط الحد باللعان.
وفي الثانية قذفها أجنبية، فلم يملك ذلك^(٤).

فصل

٥٥٠ - إذا قال لأجنبي: لست بولد فلانة، لم يكن قاذفاً لأمه.
ولو قال: لست ولد فلان، فقد قذف أمه^(٥).
والفرق: أن نفيه عن أمه كذب حقيقة وحكماً، فلم يكن قاذفاً، كقوله لابن
سنة: يا زان^(٦).

-
- (١) انظر: الكافي (٢/٢٦٤)، المحرر (٢/٩١)، الشرح الكبير (٤/٥٧٨)، الإمتاع (٤/٨٦).
(٢) انظر: الهداية (٢/٤٩)، المغني (٧/٣٨٢)، الكافي (٣/٢٦٤)، الإنصاف (٩/٢١٠-٢٠٩)،
الإمتاع (٤/٨٦).
(٣) انظر: المغني (٧/٤٠٢)، الكافي (٣/٢٦٤)، الشرح الكبير (٥/١١٢٩)، الإنصاف (٩/٢١٠-٢٠٩).
(٤) المغني (٧/٤٠٢-٤٠٣)، الشرح الكبير (٥/١١٠٩)، المبدع (٨/٨٤-٨٣)، كشف القناع (٥/٣٩٥).
(٥) انظر: المغني (٨/٢٢٣-٢٢٤)، المحرر (٢/٩٦-٩٥)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، غاية المتهى (٣/٣٠٩).
(٦) انظر: المغني (٨/٢٢٤)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، كشف القناع (٦/١١٠).

بخلاف الثانية، فإن قوله يحتمل الصدق والكذب، وحدّ القذف إنما يجب بما يحتملها^(١).

فصل

٥٥١ - إذا قال لزوجته: يا زانية. فقالت: بل أنت زان، لزم كلاهما الحد للآخر^(٢).

ولو قالت: أنت أزنى مني، لزمها حد القذف دونه^(٣).

والفرق: أنهما في الأولى تقاذفا، لزمهما الحد^(٤).

وفي الثانية قذفه، فلزمها الحد، واعترفت بالزنا، فسقط الحد عنه^(٥).

فصل

٥٥٢ - إذا قال لها: يا زانية، فقالت: بك زنيت، لم يلزم واحداً منهما الحد^(٦).

ولو قالت: أنت أزنى مني، لزمها الحد دونه.

والفرق: أن قولها في الثانية اعتراف بالزنا، فسقط به الحد عنه، وقذف له، فلزمها الحد.

بخلاف قولها: بك زنيت، فإنها لم تقذفه بالزنا، بل صدقته في رميه إياها به، وعينت بمن زنت^(٧)، ويدل على أن هذا ليس بقذف قول النبي ﷺ لماعز حين أقر بالزنا: «الآن أقررت، فبمن؟»^(٨)، رواه هكذا الإمام أحمد رضي الله عنه، ولو كان قذفاً لم يستدعه النبي ﷺ.

(١) انظر: الكافي (٢/٢١٧)، المحرر (٢/٩٤)، الفروع (٦/٨٥)، الإمتاع (٤/٢٩٠).

(٢) انظر: الهداية (٢/٥٧)، المغني (٧/٤٤٨)، الفروع (٦/٩٣)، غاية المتي (٣/٣٠٩).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٤٧)، الشرح الكبير (٥/٤٣٣)، الفروع (٦/٩٣)، المبدع (٩/٩٦).

(٤) انظر: المغني (٧/٤٤٨)، شرح منتهى الإرادات (٣/٣٥٦)، مطالب أولي النهى (٦/٢٠٢).

(٥) انظر: المغني (٧/٤٤٧).

(٦) انظر: المقنع (٣/٤٧٤)، المحرر (٢/٩٦)، الفروع (٦/٩٢)، منتهى الإرادات (٢/٤٧٤).

(٧) انظر: المغني (٧/٤٤٧)، الشرح الكبير (٥/٤٣٥)، المبدع (٩/٩٥)، كشاف القناع (٦/١١٣).

(٨) (ح) أخرجه أبو داود (٤/١٤٥) - ح (٤٤١٩)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٥/٥٣٨) - ح (٢٨٧٦٧)،

والإمام أحمد في مسنده (٥/٢١٦) - ح (٢١٩٤٠)، وابن الجوزي في التحقيق (٢/٣٢٩) - ح (٣٣٠).

ح (١٨٣٨).

فصل

٥٥٣ - إذا قذف زوجته، وأقام عليها البينة بالزنا فحدث، ثم قذفها قاذف، لم يلزمه حد القذف.

ولو لم يقم البينة، بل لاعنها الزوج ولم تلاعن، فقذفها أجنبي حد.
والفرق: أنها ثبت زناها، فزال إحصانها، فلم يجب بقذفها حد.
وفي الثانية، لم يثبت زناها، لأن لعانه لا يوجب عليها الحد، وإذا لم يثبت فهي محصنة، فيحد قاذفها^(١).

فصل

٥٥٤ - إذا قال لها: زنت ببغير أو حمار، فلا حد.

ولو قال: زنت بناقة أو بقرة، حد.

قال السامري: هذا قياس المذهب في المسألتين.

والفرق: أنه في الأولى بإدخال الباء مريداً للمشاركة في الفعل، فحمل عليه، فصار كقوله: جامعك حمار أو بعير، ولو قال ذلك لم يحد.

بخلاف الثانية، فإنه أضاف الزنا إلى من يستحيل وجود الزنا بها منه، / فحملت الباء على البدلية، كقوله: بعث كذا بكذا، فصار كأنه قال: زنت بناقة، أي: زنا بك فلان ودفعها إليك، فحد، كما لو قال: زنت بدينار، فإنه يحد، كذا ها هنا.

قلت: وفي إيجاب الحد في المسألة الثانية نظر من جهة أنه أضاف زناها إلى من يستحيل وجود الزنا منه، فلم يلزمه حد، كما لو قال: زنا بك فلان، فإنه لا حد عليه^(٢)، كذا هنا.

وفي حمل قوله على البذل ليجب الحد عليه مباينة لقوله ﷺ: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم»، رواه الترمذي^(٣)، مع أن إيجاب الحد في الأولى أقرب.

فصل

٥٥٥ - إذا اعترف بالولد ثم نفاه لحق به، ولم يتنف عنه بلعان ولا غيره^(٤).

(١) المغني (٨/٢٣٠)، الشرح الكبير (٥/٤٢٨)، كشف القناع (٦/١٠٦).

(٢) انظر: المغني (٨/٢٣٦)، المحرر (٢/٩٦)، الفروع (٦/٩٢)، الإمتاع (٤/٢٦٣).

(٣) انظر: التلخيص الحبير (٤/٥٦)، نصب الراية (٣/٣٠٩)، إرواء الغليل (٨/٢٥).

(٤) انظر: الهداية (٢/٥٦)، المقنع (٣/٢٦٣)، المحرر (٢/١٠٠)، الإمتاع (٤/١٠٤).

ولو كان حملاً فنفاه بعد وضعه انتفى^(١) نص عليه^(٢).
والفرق: أن الولد يصح الاعتراف به، فإذا اعترف به ثبت نسبه، فإذا نفاه فقد نفى نسباً ثابتاً، فلم يصح.
بخلاف الحمل، فإنه لا يصح نفيه، فلا يصح استلحاقه.

فصل

٥٥٦ - إذا قال لولده: لست بولدي، فليس صريحاً في قذف أمه^(٣).
ولو قال لأجنبي: لست ولد فلان، فهو صريح في قذف أمه.
والفرق: أن الأب يحمل هذا منه على التأديب والزجر، فلهذا لم يكن صريحاً في قذف الأم.
بخلاف قوله للأجنبي، فإنه لا يحتمل إلا القذف^(٤).

فصل

٥٥٧ - إذا قال لإنسان: لست بولد فلان، فعليه حد القذف. نص عليه.
ولو كان قد نفاه أبوه، فتوى القائل: أنه من زنا حد، وإن نوى: أن أباه قد نفاه لم يحد^(٥).
والفرق: أنه في الأولى لا يحتمل إلا القذف، فلذلك حد.
وفي الثانية، يحتمل القذف وغيره، فإذا لم يرد به القذف لم يحد، لأن الحد لا يجب مع الشبهة^(٦).

فصل

٥٥٨ - قلت: لا يصح اللعان بالعجمية لمن يحسن العربية^(٧).

-
- (١) انظر: الكافي (٢٨٧/٣)، الشرح الكبير (٢٧/٥)، الإنصاف (٢٥٥/٩).
(٢) انظر: الرويتين والوجهين (١٩٦/٢).
(٣) انظر: الكافي (٢٢١/٤)، المحرر (٩٥/٢)، الفروع (٨٨/٦)، الإنصاف (٣١٢/١٠).
(٤) انظر: الكافي (٢٢١/٤)، الشرح الكبير (٥/٤٣٢-٤٣١)، المبدع (٩١/٩)، كشف القناع (٦/١١٠).
(٥) انظر: الكافي (٢٢١/٤)، الشرح الكبير (٥/٤٣١)، الإنصاف (٣١٢/١٠)، الإمتاع (٢٦٢/٤).
(٦) انظر: كشف القناع (١١٠/٦)، مطالب أولي النهى (٢٠٠/٦).
(٧) انظر: الهداية (٥٥/٢)، المقنع (٢٥٦/٣)، المحرر (٩٨/٢)، منتهى الإرادات (٣٣٥/٢).

ويصح منه بها الطلاق^(١) والظهار^(٢).

والفرق: أن اللعان فيه نوع تعبد، لأن الشهادة يعتبر فيها لفظ الشهادة مخصوص، واليمين أيضاً، وكذلك لو أبدل أشهد بأحلف^(٣).

بخلاف الظهار، فإنه يقع بما يقوم مقام الصريح مما يدل عليه، كالكنائيات بالنية.

كتاب العدد

فصل

٥٥٩ - إذا طلقها وقد بقي من طهرها لحظة، احتسب بها قرءاً^(٤) على قولنا: الأقرء الأظهار^(٥).

فإذا حاضت ثم طهرت ثم حاضت، ثم طهرت الطهر الثالث، لم يحتسب قرءاً، ولم تنقض عدتها حتى يكمل^(٦).

والفرق: أن الطهر الأول قد تحقق كونه طهراً بكماله، فوجب أن يحتسب به.

بخلاف الطهر الأخير، فإنه لا يتحقق كونه طهراً إلا بكماله، مخافة أن

يعاودها/ الدم قبل تمامه، فلذلك لا يحتسب به طهراً حتى يتم، فافترقا. [١/٦٦]

فصل

٥٦٠ - إذا قلنا: الأقرء الأظهار، فطلقت معتادة، احتسب بما بقي من طهرها قرءاً.

ولو كانت صغيرة، فابتدأها الحيض في أثناء العدة، لم يعد ما قبل الحيض قرءاً^(٧).

والفرق: أن طهرها الأول طهر متيقن بين حيضتين فاعتد به، كما لو طلقها قبل دخولها فيه.

(١) انظر: الهداية (١١/٢)، الشرح الكبير (٤٢٥/٤)، الفروع (٣٨٥/٥)، الإمتاع (١٠/٤).

(٢) انظر: الفروع (٤٨٦/٥)، الإمتاع (٨٢/٤).

(٣) انظر: الكافي (٢٨٢/٣)، المحرر (٩٨/٢)، الشرح الكبير (٤/٥)، منتهى الإرادات (٣٣٥/٢).

(٤) انظر: الهداية (٥٩/٢)، الكافي (٣٠٤/٣)، المحرر (١٠٥/٢)، الفروع (٥٤٠/٥).

(٥) انظر: الهداية (٥٩/٢)، المقنع (٢٧٥/٣)، المحرر (١٠٤/٢)، الفروع (٥٣٩/٥)، الإرادات (٣٤٦/٢).

(٦) انظر: الهداية (٥٩/٢)، الكافي (٣٠٤/٣)، المحرر (١٠٥/٢)، الفروع (٥٤٠/٥).

(٧) انظر: الهداية (٦٠/٢)، الكافي (٣٠٧/٣)، المحرر (١٠٥/٢)، الفروع وتصحيحه (٥٤٢/٥).

بخلاف الصغيرة، فإن الطهر الذي قبل دمها لا يسمى قرءاً، لأنه إنما يطلق على طهر بين حيضتين^(١).

فصل

٥٦١ - إذا قلنا: الأقراء الحيض، فطلقها حائضاً، لم يحتسب تلك الحيضة قرءاً^(٢).

وإن قلنا: هي الأطهار، فطلقها طاهراً، احتسب بذلك الطهر قرءاً.
والفرق: أن قليل الطهر طهر، بدليل: الحكم به إذا انقطع الدم لحظة، وإذا كان كذلك فقد حصل الاسم واحتسب به قرءاً.
بخلاف قليل الحيض، فإنه ليس حيضاً، بدليل: ما لو قال: إذا حضت فأنت طالق، فإنها لا تطلق حتى تحيض أقل الحيض^(٣)، فدل على أن قليله ليس حيضاً، فلهذا لم يحتسب تلك الحيضة قرءاً.

فصل

٥٦٢ - إذا اتفق الزوجان على أن وقت الطلاق يوم الجمعة، واختلفا في وقت وضعها للحمل، فقال: وضعت يوم الخميس، فعليك عدة الأقراء، ولي الرجعة، فقالت: بل يوم السبت فانقضت العدة، ولا رجعة لك، فالقول قولها.
ولو اتفقا على وقت وضع الحمل، واختلفا في وقت الطلاق، فالقول قوله^(٤).
والفرق: أن وضع الحمل فعل الزوجة، فإذا اختلفا فيه ولا بينة، فالقول قولها، لأنها أعلم بفعلها.
بخلاف الطلاق، فإنه فعل الزوج، فأخذ بقوله فيه، ثم الأصل عدم الولادة يوم الخميس، وعدم الطلاق فيه، فأخذ بقولها في الأولى، ويقول في الثانية لذلك^(٥).

(١) انظر: المغني (٤٦٨/٧)، الشرح الكبير (٥٣/٥)، المبدع (١٢٣/٨)، حاشية المقنع (٢٧٩/٣).

(٢) انظر: الهداية (٥٩/٢)، المغني (٤٥٥/٧). وقال: بغير خلاف بين أهل العلم. المحرر (٢/١٠٤)، الفروع (٥٣٩/٥).

(٣) انظر: الهداية (١٧/٢)، الفروع (٤٣٢/٥)، الإنصاف (٧١/٩)، الإمتاع (٣٣/٤)، شرح منتهى الإرادات (١٥٨/٣).

(٤) المغني (٢٨٨-٢٨٧/٧)، المحرر (١٠٥/٢)، الفروع (٥٤٠-٥٤١/٥)، مطالب أولي النهى (٥/٥٦٨).

(٥) انظر: المقنع وحاشيته (٣٨٨/٣)، المحرر (١٠٧/٢)، الإنصاف (٣٠٠/٩٢).

فصل

٥٦٣ - إذا طلقها رجعيًا، ثم أبانها، بنت. على رواية واحدة.
ولو راجعها، ثم أبانها قبل الدخول، استأنفت العدة.
والفرق: أن الطلاق الثلاث لا يوجب أكثر من ثلاثة أقرأء إذا وقع مجتمعاً،
فكذلك مفترقاً.
بخلاف الثانية، فإن الرجعة أعادت النكاح، فكأنه لم يقع طلاق ولا رجعة،
فطلق طلاقاً في زوجية لم يسبقه طلاق، فلذا استأنفت^(١).

فصل

٥٦٤ - إذا تزوجت زوجة المفقود بعد التبرص، ثم قدم زوجها ومات، فعليها
عدة الوفاة من حين فراق الثاني، لأنها فراش له^(٢).
ولو مات الثاني قبل، اعتدت عقيب موته مع أنها فراش للأول.
والفرق: أنها إذا كانت مع الثاني أمكن أن/ يفرق بينها، فلما لم يفرق لا يصح
اعتدادها عن الأول، لأنها فراش الثاني.
بخلاف ما إذا مات الثاني أولاً، فإنه لا يمكن أن يفرق بينهما لتعتمد من الثاني،
فلذلك اعتدت عنه عقيب موته.

فصل

٥٦٥ - يحرم وطء المستبرأة ودواعيه إلا المسبية، فإن دواعيه تباح فيها.
قلت: في رواية مرجوحة^(٣).
والفرق: أن أكثر ما يقدر أنها حامل، وحمل المسبية ملك الثاني. بخلاف
غيرها، فإن حملها يكون محترماً^(٤).

-
- (١) انظر: الروايتين والوجهين (٣/٣١٨)، المغني (٧/٤٨٦)، الشرح الكبير (٥/٦٩).
(٢) انظر: المغني (٧/٤٩٧)، الشرح الكبير (٥/٦٥).
(٣) انظر: الكافي (٣/٣٣٤-٣٣٥)، المحرر (٣/١٠٩)، الإنصاف (٩/٣١٦-٣١٧)، منتهى الإرادات (٣/٣٥٥).
(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٣/٣٣١)، المغني (٧/٥١١)، الشرح الكبير (٥/٨٣)، زاد المعاد (٥/٧٣٩).

فصل

٥٦٦ - إذا حاضت الجارية في يد بائعها قبل قبض المشتري، لم يحصل الاستبراء بذلك. في رواية^(١).

ولو ملكها بالإرث فحاضت قبل قدومه من سفره حصل الاستبراء^(٢).

والفرق: أن المشتراة قبل القبض كغير المنتقلة، لكونها في ضمانه. بخلاف الموروثة، فإنها تدخل في ملكه قهراً، فهي كالمقبوضة حساً.

فصل

٥٦٧ - إذا وطئ الرجل زوجته ثم طلقها، ثم أتت بولد لأكثر مدة الحمل، وقبل انقضاء عدتها، لحقه نسبه^(٣).

ولو وطئ أمة ثم استبرأها بحيضة، ثم أتت بولد، ولم يعترف بوطنها بعد الاستبراء لستة أشهر، لم يلحقه^(٤).

والفرق: أن ولد الأمة لا يلحق السيد بمجرد الإمكان حتى ينضم إليه الوطء، وبلاستبراء زال، وبقي الإمكان، فلم يلحق به.

بخلاف ولد الزوجة، فإنه يكفي في إلحاقه الإمكان.

فصل

٥٦٨ - إذا اعتدت الصغيرة بالشهور، ثم حاضت بعدها وقبل التزوج، لم يلزمها الاعتداد به^(٥).

ولو ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، فتربصت غالب مدة الحمل، ثم اعتدت بالشهور، فعاد الحيض قبل أن تتزوج، لزمها العدة بالأقراء.

قلت: في قول: الصحيح خلافه^(٦).

(١) انظر: الكافي (٣/٣٢٣)، الشرح الكبير (٥/١٨٤)، المحرر (٣/١٠٩)، الإنصاف (٢/٣٣٠)، الإقناع (٤/١٣١).

(٢) انظر: المحرر (٣/١٠٩)، الفروع (٥/٥٦٤)، الإنصاف (٩/٣٣١).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٧٨)، الشرح الكبير (٥/٤٣)، حاشية المقنع (٣/٣٧١).

(٤) انظر: الهداية (٣/٥٨)، الكافي (٣/٣٠٠)، المحرر (٣/١٠٣)، الإنصاف (٩/٣٦٥)، الإقناع (٤/١٠٧).

(٥) انظر: الكافي (٣/٣٠٧)، الشرح الكبير (٥/٥٣)، المبدع (٨/١٣٣)، الإقناع (٤/١١٣).

(٦) انظر: الكافي (٣/٣٠٨)، الشرح الكبير (٥/٥٥)، المحرر (٣/١٦)، الفروع وتصحيحه (٥/٥٤٣)، الإقناع (٤/١١٣).

والفرق: أن الشهرور في حق الثانية بدل عن الأقراء، وإنما حكم بانقضاء عدتها من طريق الاستدلال، وقد تبين بمعاودة الدم أنها كانت من ذوات الأقراء، فلم يعتد بالبدل.

بخلاف الصغيرة، فإن الشهرور ليست في حقها بدلاً، وإنما هي أصل، فاعتد

بها

كتاب الرضاع

فصل

٥٦٩ - إذا كان لرجل زوجة صغيرة، فأرضعتها زوجة أبيه - بلبن ثاب من حمل منه - الرضاع المحرّم، انفسخ نكاحها.

ولو كان الحمل من غيره، لم ينفسخ.

والفرق: أن الأولى تصير أخته من أبيه فتحرّم، كآخته من النسب. بخلاف المسألة الثانية، فإنها تكون بنت زوجة أبيه ممن ثاب لبنها منه، وبنت زوجة أبيه من غيره يباح نكاحها، فلذلك لم ينفسخ نكاحها^(١).

فصل

٥٧٠ - إذا أرضعت حماتها زوجة أخرى له صغيرة، فإن/ كانت بنتها باقية انفسخ نكاحهما، وإن كانت ميتة أو بائناً منقضية العدة، لم ينفسخ نكاح الصغيرة^(٢).

والفرق: أنها تصير في الأولى أختها، والجمع بينهما حرام.

وأما إذا كانت منقضية العدة، لم يجتمع في نكاحه زوجتان أختان.

فصل

٥٧١ - إذا ادعت امرأة أن زوجها أخوها من الرضاع، فأنكر، فشهدت به امرأة ثقة، فَرَّقَ بينهما^(٣).

(١) انظر: المغني (٥٥١/٧)، الشرح الكبير (١٠٠/٥)، المبدع (١٧٣/٨)، كشاف القناع (٤٤٨/٥).

(٢) انظر: المغني (٥٥٣/٧)، الشرح الكبير (١٠٣/٥ - ١٠٣)، كشاف القناع (٤٥٠/٥)، مطالب أولي النهى (٦١٠/٥٢).

(٣) انظر: الهداية (٦٨/٣)، الشرح الكبير (١٠٨/٥)، المبدع (١٨٣/٨)، الإقناع (١٣٤/٤).

ولو ادعت الزوجة إقراره بذلك فأنكر، لم تقبل شهادة المرأة^(١).
والفرق: أنها شهدت في الأولى بالرضاع، وهو مما يقبل فيه شهادة النساء.
بخلاف الثانية، فإنها شهدت بالإقرار، وهو لا يقبل فيه شهادتهن^(٢).

فصل

٥٧٢ - إذا استبرأ أم ولده وهي ترضع بلبن ولده، وزوجها بصبي حر، فأرضعته بذلك اللبن، لم تحرم على سيدها على التأييد^(٣).
ولو كان أعتقها وزوجها، حرمت عليه على التأييد^(٤).
والفرق: أنها في الثانية صارت حليلة ابنه من الرضاع، فلذلك حرمت.
بخلاف الأولى، فإن نكاح الحر بأمة لا يصح إلا مع عدم الطول وخوف العنت، والثاني لا يتصور من الصبي، فلم تصر من حلائل أبنائه^(٥).

فصل

٥٧٣ - إذا أرضعت زوجة رجل زوجة له أخرى صغيرة، لزمها نصف مهرها المسمى^(٦).
ولو أرضعت جارية له صغيرة، لم يلزمها شيء.
والفرق: أنها في الأولى ألجأتها إلى غرامة نصف المهر، وقد كان يحرص أن لا يلزمه. بأن تحدث الفرقة من الصغيرة فغرمته، كالشهود بالطلاق قبل الدخول إذا رجعوا، فإن الزوج يرجع بنصف المهر عليهم، كذا هنا^(٧).
بخلاف الأمة إذا أرضعتها زوجته، فإنه لا يلزمها بذلك غرم، غايته أنها تصير محرمة عليه برضاع، وذلك لا ينقص ماليتها.

(١) انظر: المغني (٥٦٣/٧)، الشرح الكبير (١٠٩/٥)، الإقناع (١٣٥/٤)، منتهى الإرادات (٣/٦٧١).

(٢) انظر: المغني (٥٦٣/٧)، الشرح الكبير (١٠٩/٥).

(٣) انظر: المغني (٥٤٧/٧)، الشرح الكبير (١٠٥/٥)، الفروع (٥٧١/٥)، الانتفاع (١٣١/٤).

(٤) انظر: المقنع (٣٠٣/٣)، الإقناع (١٣١/٤).

(٥) انظر: المغني (٥٤٧/٧)، الشرح الكبير (١٠٥/٥).

(٦) انظر: المقنع (٣٠٢/٣)، المحرر (١١٣/٢)، الفروع (٥٧٤/٥)، الإمتاع (١٢٨/٤).

(٧) انظر: المغني (٥٥٠-٥٥١/٧)، الشرح الكبير (١٠١/٥).

فصل

٥٧٤ - إذا كان له خمس أمهات أولاد لهن لبن منه، فأرضعن به طفلاً كل واحدة رضعة، لم يصّر ولداً لواحدة منهن، وصار السيد أباه. ذكره ابن حامد^(١).
والفرق: أن اللبن من السيد، وقد رضع منه الطفل رضاعاً محرماً، فصار ابنه، كما لو كانت الخمسة من واحدة، إذ لا فرق.

بخلاف المرضعات، فإن كل واحدة منهن إنما تصير أماً إذا أرضعت الرضاع المحرم، ولم يوجد ذلك هنا، فلم تصر كل واحدة منهن أماً له.

فصل

٥٧٥ - إذا كان له زوجتان صغيرتان، وزوجتان كبيرتان، ولم يدخل به واحدة منهما، فأرضعت كل واحدة من الكبيرتين واحدة من الصغيرتين الرضاع المحرم، انفسخ نكاح الجميع، وحرمت الكبيرتان عليه أبداً.

[٦٧/ب] ولو أرضعتها إحدى/ الكبيرتين واحدة بعد واحدة، ثم أرضعتها الكبيرة الأخرى على ذلك الترتيب، انفسخ نكاح الصغيرة، المرضعة أولاً، ولم ينفسخ نكاح الثانية المرضعة أخيراً.

والفرق: أنه في الأولى لما أرضعت الكبيرة الصغيرة، صارت الكبيرة أماً لها، فانفسخ نكاحهما، لاجتماع الأم وبنتها في نكاح واحد.

بخلاف الثانية، فإن الكبيرة الأولى لما أرضعت الصغيرة الأولى، انفسخ نكاحهما لما ذكرنا، فلما أرضعت الصغيرة الأخرى، أرضعتها والكبيرة بائن من زوجها، فلم تجتمع معها في النكاح، فلم ينفسخ نكاح الصغيرة الأخيرة، فلما أرضعتها الكبيرة الأخرى على ذلك الترتيب أرضعت الأولى فصارت أمها، وأمهاً النساء محرمات، فلذلك انفسخ نكاحها فلما أرضعت الصغيرة الأخرى، أرضعتها والكبيرة بائن من زوجها، فلم يجتمع في النكاح أم وبنت، فلذلك لم ينفسخ نكاح المرضعة أخيراً، لأن أكثر ما فيها أنها ربيبة لم يدخل بأماها، وتلك غير محرمة، فظهر الفرق.

فصل

٥٧٦ - إذا ارتضع صبي وصبية من أجنبية رضاعاً محرماً، جاز له التزويج بأماها من النسب، دون أمها من الرضاع.

(١) انظر: الهداية (٢/٦٧)، المغني (٧/٥٤٦)، الشرح الكبير (٥/١٠٣)، الإمتاع (٤/١٢٩).

والفرق: أن أمها من النسب لا تنشر الحرمه إليه، فيجوز له تزويجها.
بخلاف أمها من الرضاع، فإنها أمه، ولا يجوز التزوج بالأم من الرضاع.

كتاب النفقات

فصل

٥٧٧ - يلزم المكاتب نفقة ولده من أمته.
ولا يلزمه نفقة ولده من زوجته، حرة كانت أو أمة.
والفرق: أنه إذا كانت زوجته أمة فولده منها رقيق لمالكها، فنفتها عليه، وإن كانت حرة فولده منها حر، ونفقة الأقارب تجب على سبيل المواساة، وليس المكاتب من أهلها، بدليل عدم وجوب زكاة ماله.
بخلاف ولده من أمته، فإن حكمه حكم نفسه، بدليل أنه يتبعه في الرق والعتق، فيكون قد أنفق مال سيده على مملوكه، وذلك جائز^(١).

فصل

٥٧٨ - إذا دفع إلى زوجته نفقة سنة، ثم طلقها أو ماتت، فله الرجوع عليها بقسط ما بقي من المدة. في إحدى الروايتين.
ولو دفع إليها كسوة سنة، ثم ماتت أو بانّت، لم يرجع عليها بقسط الكسوة، رواية واحدة^(٢).
والفرق: أن الكسوة أخذتها باستحقاق، بدليل أنها كانت تملك مطالبة بها، فلم يكن له الرجوع بشيء منها، كما لو قبضتها عن مدة سالفة^(٣).
بخلاف النفقة، فإنها قبضتها سلفاً وتعجيلاً بغير استحقاق، فيرجع عليها بها^(٤).

قلت: قد حكى المصنف في مسألة النفقة: روايتين، وليس في المسألة عن الإمام أحمد رواية، بل فيها وجهان/ مشهوران، ولم أرهما روايتين إلا له في [١/٦٨]

(١) انظر: المغني (٧/٥٩٧-٦٠٠).

(٢) انظر: الكافي (٣/٣٦٦-٣٦٥)، المحرر (٢/١١٥)، الفروع (٥/٥٨٣)، الإنصاف (٩/٣٧٣)، الإمتاع (٤/١٤١).

(٣) انظر: الكافي (٢/٣٦٦)، المغني (٧/٥٧٢-٥٧٣)، الشرح الكبير (٥/١٢٠)، المبدع (٨/١٩٨).

(٤) انظر: المغني (٧/٥٧١)، كشاف القناع (٥/٤٦٩)، مطالب أولي النهى (٥/٦٢٥).

الفروق، دون كتابه المستوعب، فإنه حكاهما: وجهين، كغيره من أصحابنا^(١).
وقال في الرجوع بالكسوة: رواية واحدة، وهو قد حكى فيها في المستوعب وجهين، وكذا حكى غيره^(٢).

فصل

٥٧٩ - إذا اختلف الزوجان في قبض المهر والنفقة، وكانت الزوجة حرة فلها الخصومة فيهما.

وإن كانت أمة خاصمت في النفقة، دون المهر.
والفرق: أن المخاصمة لا تكون إلا فيما يملكه المخاصم، فالحرة تملكهما، فخاصمت فيهما.
والأمة تملك النفقة دون المهر، بل هو لسيدها، فخاصم كل منهما فيما له، فظهر الفرق.

فصل

٥٨٠ - تعود نفقة المرتدة بعودها إلى الإسلام في غيبة زوجها.
ولا تعود نفقة الناشز حتى يعلم زوجها، ويمضي زمن يقدم في مثله^(٣).
والفرق: أن مسقط نفقة المرتدة الردة، فإذا أسلمت زالت العلة.
وسبب سقوط نفقة الناشز خروجها من قبضة الزوج، فلم تستحقها حتى تعود إلى قبضته^(٤).
قلت: هذا التفريق اختيار القاضي، وسوى ابن عقيل بينهما.

فصل

٥٨١ - إذا أعسر بنفقة زوجته الأمة، فليسدها خيار الفسخ دونها.
قلت: في وجه مرجوح^(٥).

-
- (١) انظر: الكافي (٣/٣٦٥)، المحرر (٢/١١٥)، الإنصاف (٩/٣٧٣).
(٢) انظر: الهداية (٢/٦٩)، المقنع (٣/٣١٢)، الفروع (٥/٥٨٣).
(٣) انظر: الكافي (٣/٣٥٦-٣٥٧)، المحرر (٢/١١٦)، الفروع (٥/٥٨٥) غاية المتهى (٣/٢٢٩).
(٤) انظر: المغني (٧/٦١٢)، الشرح الكبير (٥/١١٩)، مطالب أولي النهى (٥/٦٣٤).
(٥) انظر: الهداية (٢/٧١)، الكافي (٣/٣٧١)، المحرر (٢/١١٦)، ١ صاف (٩/٣٨٩-٣٩٠)، كشف القناع (٥/٤٧٨).

ولو وجدت بالزوج عيباً، فالخيار لها^(١).
والفرق: أن ضرر عدم النفقة يعود إلى سيدها، لوجوب نفقتها عليه إذاً، فكان
الخيار له^(٢).

بخلاف خيار العيب، لأن أثره في الاستمتاع، وهو راجع إليها.

فصل

٥٨٢ - إذا أعسر بتفقة زوجته، فلها خيار الفسخ^(٣).
ولو امتنع من أدائها مع القدرة أجبر، فإن أبى حبس، ولا خيار لها^(٤).
والفرق: أن الخيار يثبت للفلس والإعسار، وهذا غير معسر، بل قادر مماطل،
وهذا لا يوجب الفسخ، كمن اشترى سلعة وماتل بثمانها مع قدرته عليه، فإنه لا
يفسخ البيع كذا هنا^(٥).

فصل

٥٨٣ - إذا كان له على زوجته دين، فأراد محاسبتها به من نفقتها، جاز مع
يسارها، لا مع إعسارها.
والفرق: أن الإنسان يلزمه قضاء دينه، ولغريمه مطالبته، فكان له محاسبتها
بها.

بخلاف حالة الإعسار، فإنه لا يجوز المطالبة فيها، فلا يجوز الاحتساب بها
من النفقة^(٦).

فصل

٥٨٤ - إذا سكنت المعتدة داراً بغير إذن الزوج، لم ترجع عليه بأجرتها^(٧).

-
- (١) انظر: المغني (٥٨٠/٥)، المحرر (٢٦/٢)، المبدع (٩/٨)، كشف القناع (٤٧٨/٥).
 - (٢) انظر: المغني (٥٨٠/٧)، الشرح الكبير (٣٧١/٥).
 - (٣) انظر: الهداية (٧١/٢)، المقنع (٣١٥/٣)، المحرر (١١٦/٢)، الإمتاع (١٤٦/٤).
 - (٤) انظر: الهداية (٧١/٢)، المغني (٥٧٦/٧)، المحرر (١١٦/٢)، الإنصاف (٣٩٠/٩)، كشف
القناع (٤٧٩/٥).
 - (٥) انظر: المغني (٥٧٦/٧)، الشرح الكبير (١٣١/٥)، المبدع (٢١١/٨).
 - (٦) انظر: الكافي (٣٦٩/٣)، المغني (٥٧٦/٧)، الشرح الكبير (١٣٢/٥)، كشف القناع (٤٧٨/٥).
 - (٧) انظر: المغني (٦١١/٧)، الشرح الكبير (١١٨/٥)، الإمتاع (١٤١/٤).

ولو مضت عليها مدة وهي ممكنة من نفسها، ولم ينفق عليها، استحقت النفقة^(١).

والفرق: أن السكنى لتحصيلين ماء الزوج، فإذا لم يحصنه حيث يختار، لم تستحق شيئاً.

بخلاف النفقة، فإنها تجب بالتمكين من الاستمتاع وقد وجد، وإنما تركه الزوج باختياره، كما لو سلم المؤجر الدار، فلم يسكنها المستأجر^(٢).

فصل

[٦٨/اب] ٥٨٥ - لا تسقط نفقة الزوجة بمضي المدة.

وتسقط نفقة القريب^(٣).

والفرق: أن نفقة القريب مواصلة، بدليل عدم وجوبها مع الفقر، فتسقط بمضي الزمان.

بخلاف نفقة الزوجة، فإنها عوض في مقابلة تسليمها نفسها، فلم تسقط بمضي الزمان، كالأجرة^(٤).

فصل

٥٨٦ - إذا رضيت زوجة المعسر بالمقام معه بلا نفقة وهي حرة، فلها ذلك.

بخلاف الأمة.

والفرق: أن الحق في النفقة للحرّة، فسقطت باختيارها.

والحق لسيد الأمة لا لها، لأن نفقتها تلزمه مع عسر زوجها، فاعتبر رضاه دونها.

فصل

٥٨٧ - تجب نفقة الزوجة مع الإعسار^(٥).

(١) انظر: الروائين والوجهين (٢/٢٣٩)، الهداية (٢/٧٠)، الكافي (٣/٣٧١)، منتهى الإرادات (٢/٣٧٣).

(٢) انظر: المغني (٧/٦٠٢)، كشاف القناع (٥/٤٦٩).

(٣) انظر: الكافي (٣/٣٨٠)، المحرر (٢/٥١١)، الإمتاع (٤/١٥٠)، منتهى الإرادات (٢/٣٨١).

(٤) انظر: الروائين والوجهين (٢/٢٣٩)، المغني (٧/٥٧٨)، الشرح الكبير (٥/١٢١)، المبدع (٨/١٩٩).

(٥) انظر: الهداية (٢/٧١)، الكافي (٣/٣٧٠)، المحرر (٢/١١٦)، غاية المتهي (٢/٢٣١).

دون الأقارب^(١).

والفرق: أن نفقة الزوجة بإزاء تسليم النفس، فلم يختلف وجوبها باليسار والإعسار، كأجرة المستأجر^(٢).

بخلاف الأقارب، فإنها تجب على سبيل المواساة، فلم تجب إلا مع الغنى^(٣).

فصل

٥٨٨ - إذا أخذت المرأة نفقة شهر فلم تنفقها حتى جاء الشهر الثاني، فلها المطالبة لنفقتها^(٤).

ولو كان القابض قريباً لم تكن له المطالبة^(٥).

والفرق: أن نفقة الزوجة تجب في مقابلة التمكين، بخلاف القريب، فإن نفقتها تجب مواساة، ولا يكون ذلك إلا مع فقره، وهو غني بنفقة الشهر الأول^(٦).

فصل

٥٨٩ - إذا منعت نفسها لتقبض صداقها، فلها النفقة^(٧).

ولو منعت نفسها بعد القبض، فلا نفقة لها^(٨).

والفرق: أن الأولى منعٌ بحق، فلا تسقط نفقتها، كالمنع للحيض.

بخلاف الثانية، لأنه منعٌ بغير حق، لأنه يلزمها التسليم وقد منعت، فلا نفقة لها، كالناشر^(٩).

فصل

٥٩٠ - زوجة المفقود إذا اعتدت بعد التبرص، فلها النفقة من مال زوجها^(١٠).

(١) انظر: الهداية (٧٢/٢)، الكافي (٣٧٥/٣)، المحرر (١١٧/٢)، الروض المربع (٣٢٦/٢).

(٢) انظر: المغني (٥٧٨/٧)، مطالب أولي النهى (٦٣٨/٥).

(٣) انظر: المغني (٥٨٤/٧)، الشرح الكبير (١٣٣/٥)، كشاف القناع (٤٨٢/٥).

(٤) المغني (٥٧٢/٧)، الشرح الكبير (١٢٠/٥)، الإمتاع (١٤٢/٤)، شرح منتهى الإرادات (٢٤٧/٣).

(٥) الكافي (٣٨١/٣)، كشاف القناع (٤٦٩/٥).

(٦) انظر: كشاف القناع (٤٦٩/٥).

(٧) انظر: الهداية (٧٠/٢)، المقنع وحاشيته (٣١٣/٣)، المحرر (١١٥/٢)، الإمتاع (١٤٣/٤).

(٨) انظر: الهداية (٧٠/٢)، المقنع وحاشيته (٣١٣/٣)، المحرر (١١٥/٢)، الإمتاع (١٤٣/٤).

(٩) انظر: المغني (٦٠١/٧، ٦٠٤)، الشرح الكبير (١٢٣/٥)، المبدع (٢٠٢/٨)، كشاف القناع (٥/٤٧٢).

(١٠) انظر: المغني (٤٩٤/٧)، الشرح الكبير (٦٤/٥)، الفروع (٥٤٨/٥)، الإنصاف (٢٨٨/٩)، الإمتاع (١١٤/٤)، شرح الإرادات (٢٢٢/٣).

وزوجة المتوفى لا تستحق نفقة من تركته مدة عدتها^(١).
والفرق: أن عدة الوفاة متيقنة، فلم تستحق منها نفقة.
بخلاف الأولى، فإن عدتها غير متيقنة^(٢).

فصل

٥٩١ - يلزمه نفقة زوجته الهرمة^(٣) التي لا يمكن التمتع بها.
ولو كانت طفلة لم يمكنه التمتع بها لم يلزمه^(٤).
والفرق: ما ذكره القاضي في المجرد: أن الطفلة لم يخلق فيها الاستمتاع بعد،
فلم يجب ما في مقابله وهو النفقة.
بخلاف الكبيرة، فإن الاستمتاع خلق فيها، لكن منع منه مانع، كالحيض^(٥).

فصل

٥٩٢ - إذا كانت الزوجة صغيرة لا يوطأ مثلها، فلا نفقة لها.
ولو كان الزوج صغيراً لا يوطأ مثله، والزوجة يوطأ مثلها، فلها النفقة^(٦).
والفرق: أن الصغيرة لم يخلق فيها الاستمتاع، والنفقة في مقابله، فلا تجب.
بخلاف الزوج إذا كان صغيراً وهي كبيرة، فإنه قد وجد منها التسليم الذي
يمكن الانتفاع به، إنما/ تعذر الاستيفاء من جهة الزوج، فهو كما لو سلمت نفسها
وهو كبير محبوب، فإنها تستحق النفقة لوجود التسليم المتفجع به، كذا هنا^(٧).

فصل

٥٩٣ - لا تجب نفقة الأقارب مع اختلاف الدين.
وفي عمودي النسب رواية: أنها تجب مع اختلاف الدين^(٨).

-
- (١) انظر: الكافي (٣/٣٥٨)، المحرر (٢/١١٧)، الإنصاف (٩/٣٦٨)، الروض المربع (٢/٣٢٤).
(٢) انظر: المغني (٧/٤٩٤)، الشرح الكبير (٥/٦٤).
(٣) انظر: الهداية (٢/٧٠)، المقنع (٣/٣١٣)، الإمتاع (٤/١٤٢).
(٤) انظر: الهداية (٢/٧٠)، المقنع (٣/٣١٣)، الإمتاع (٤/١٤٢).
(٥) انظر: المغني (٧/٦٠١)، الشرح الكبير (٥/١٢٢)، كشف القناع (٥/٤٧٠-٤٧١).
(٦) انظر: الهداية (٢/٧٠)، المقنع (٣/٣١٣)، الإمتاع (٤/١٤٢)، الروض المربع (٢/٣٢٤).
(٧) انظر: المغني (٧/٦٠٣)، الشرح الكبير (٥/١٢٢)، المبدع (٨/٢٠١).
(٨) انظر: المغني (٧/٥٨٥)، المحرر (٢/١١٩)، الفروع (٥/٥٩٧)، الإمتاع (٤/١٥٠).

والفرق: أن علة وجوبها على الأقارب التوارث، ولا إرث بينهم مع الاختلاف.

بخلاف الوالدين، فإن الله تعالى وصى بالإحسان إليهما مع الكفر^(١)، ومن أكبر الإحسان إغناؤهما عن السؤال بالنفقة^(٢).

فصل

٥٩٤ - إذا سافرت المرأة بإذن زوجها في حاجة لها، فلا نفقة لها، ولا قسم.

وإن كانت الحاجة له، فهما لها.

والفرق: أنه إذا سافرت في حاجة نفسها وإن كان بإذنه فقد منعه من الاستمتاع بها تلك المدة، فلم تجب لها نفقة، كما لو لم يأذن لها.

بخلاف كونها في حاجته، فإن نفسها مسلمة إليه من غير منع من جهتها، بل هو قوّت نفسه التمتع بها، فلم تسقط نفقتها، كما لو سافر، فافترقا^(٣)، والله أعلم.

كتاب الجنائيات

فصل

٥٩٥ - إذا اشترك في القتل عامد ومخطيء، لم يجب القصاص على العامد.

ولو اشترك فيه أجنبي وأبو المقتول عمداً، وجب القصاص على شريك الأب. في أصح الروايتين فيهما^(٤).

والفرق: أنه في الأولى لم يتمحض القتل عمداً، فلذلك لم يوجب القصاص، كعمد الخطأ^(٥).

بخلاف الثانية، فإن القتل عمد محض من كل منهما، فأوجب القصاص، وخرج الأب لمعنى الأبوة، فبقي الشريك^(٦).

(١) انظر: الروايتين والوجهين (٢/٢٤١-٢٤٢).

(٢) انظر: الكافي (٣/١٢٨)، الفروع ونصحيه (٥/٣٣٣)، الإمتاع (٣/٢٤٨).

(٣) انظر: المغني (٧/٤٠)، الكافي (٣/١٢٨)، الشرح الكبير (٤/٣٦٥)، كشف القناع (٥/٢٠٥).

(٤) انظر: الروايتين والوجهين (٢/٢٦١-٢٦٢)، الهداية (٢/٧٨)، المقنع (٣/٣٤٤)، الفروع (٥/٦٣٤)، منتهى الإرادات (٢/٣٩٩).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٥/١٥٦)، غاية المنتهى (٣/٢٤٦).

(٦) انظر: المغني (٧/٧٧٦)، الشرح الكبير (٥/١٦٣)، كشف القناع (٥/٥٢٠).

فصل

٥٩٦ - لا يقتل والد بولده . رواية واحدة^(١) .

ويقتل هو به . في أصح الروايتين^(٢) .

والفرق: أن القصاص شرع زجراً وردعاً عن القتل، والوالد فيه من الحنو والشفقة الطبيعية ما يردعه عن قتل ولده، فاكتفى بالوازع الطبيعي عن الوازع الشرعي، بدليل الحد بالخمر، دون البنج، لأن الخمر يشتهي طبعاً، فجعل الشارع له وازعاً وهو الحد، والبنج لا حد فيه، لكون الوازع الطبيعي وهو كونه لا يشتهي يزعه عنه، فلم يجعل له حد في الشرع^(٣) .

وهذا بخلاف الولد، فإنه ليس فيه من الشفقة والحنو ما يمنعه عن قتل والده، بل قد رئي قتل الأبناء للآباء كثيراً، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ وَأَوَّلَادِكُمْ عَدُوٌّ لَكُمْ فَاحْذَرُوهُمْ﴾ [التغابن: الآية ١٤] فأمر بالحدز منهم، ومن المحذور إقدامهم على القتل، وإذا لم يكن هناك وازع طبيعي يزعه، شرع له الوازع الشرعي، وهو القصاص .

فصل

٥٩٧ - إذا قتل ذمي مسلماً، ثم أسلم، قتل به .

ولو قتل حربي مسلماً، ثم أسلم، لم يقتل به^(٤) .

والفرق: أن الذمي التزم أحكامنا، ومنها قتله قصاصاً .

بخلاف الحربي، فإنه لم يلتزم جري أحكامنا عليه، فلهذا/ لم يلزمه القصاص^(٥) . [ب/٦٩]

فصل

٥٩٨ - إذا ادعى رجلان نسب لقيط متساويان في البيئة أو عدمها، وأشكل على

(١) انظر: الهداية (٧٥/٢)، المقنع (٣٤٩/٣)، الفروع (٦٤٣/٥-٦٤٤)، الإنصاف (٤٧٣/٩)، منتهى الإرادات (٤٠٣/٢) .

(٢) انظر: الهداية (٧٥/٢)، المقنع (٣٤٩/٣)، الفروع (٦٤٣/٥-٦٤٤)، الإنصاف (٤٧٣/٩)، منتهى الإرادات (٤٠٣/٢) .

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٢٥٥/٢)، الفروع (٦٤٤/٥) .

(٤) الإقناع (١٧٥/٤)، غاية المنتهى (٢٥٢/٣) .

(٥) مطالب أولي النهى (٣١/٦) .

القافة أو لم تكن، فقتلاه صغيراً فلا قود، لاحتمال كون كل منهما هو الأب، فلو رجع أحدهما عن دعواه وأقام الآخر، ثبت نسبه من المقيم على الدعوى، وانتفى عن الآخر، فيسقط القود عن الأب، ويكون عليه نصف الدية لورثة المقتول، وأما المنكر فيلزمه القود.

ولو أتت امرأة بولد على فراش رجلين، فقتلاه قبل ثبوت نسبه من أحدهما، فلا قود على واحد منهما، لاحتمال كونه الأب، ولو جحد أحدهما لم يقبل جحوده، ولم يقتل أحدهما.

والفرق: ما ذكره القاضي في المجرد: أن سبب ثبوت النسب في الأولى الاعتراف، فسقط بالاعتراف، ورجوعه يحتمل الصحة، ولا معارض له فقبل. بخلاف الثانية، فإن ثبوت النسب بالفراش، والفراش لا يزول بالجحود، فلذلك لم يقبل، فلم يجب القصاص على واحد منهما^(١).

فصل

٥٩٩ - إذا قتل زوجته ولها ابن منه، وآخر من غيره، لم يكن لابنها من غيره أن يقتص منه^(٢).

ولو قذفها فطالبت به حد القذف ثم ماتت، فلائنها من غيره المطالبة، ويحد له^(٣).

والفرق: أن القصاص ثبت مشتركاً بين ابنيها، فسقط نصيب ابنها منه، لأنه لا يستحق القصاص عليه، وإذا سقط نصيبه سقط نصيب الآخر، كما لو عفي أحد مستحقي القصاص^(٤).

بخلاف حد القذف، فإنه ثبت لكل منهما كاملاً، فلم يسقط حقه بسقوط حق غيره^(٥).

فصل

٦٠٠ - إذا قتل أحد الابنين أباهما، والآخر أمهما، وهي في زوجية الأب،

(١) انظر: الكافي (٨/٤)، المغني (٧/٦٦٧-٦٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٧٧)، كشاف القناع (٥/٥٢٨).

(٢) انظر: المغني (٧/٦٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٧٧)، المبدع (٨/٢٧٥)، الإمتاع (٤/١٧٨).

(٣) الكافي (٤/٢١٧)، الشرح الكبير (٥/٤٢٦)، الإمتاع (٤/٢٥٩)، متبى الإرادات (٢/٤٦٨).

(٤) المغني (٧/٦٦٨)، الشرح الكبير (٥/١٧٧)، المبدع (٨/٢٧٥)، كشاف القناع (٥/٥٢٩).

(٥) انظر: المغني (٨/٢٢٠)، الشرح الكبير (٥/٤٢٦)، كشاف القناع (٦/١٠٥).

وجب القصاص على قاتل الأم، دون قاتل الأب.

والفرق: أنه لما قتل الأب ورثه ابنه الآخر وأمه، ولم يرث القاتل شيئاً، فلما قتل الآخر الأم لم يرث منها شيئاً، وورثها قاتل الأب، ومن جملة إرثه منها ما استحقته عليه من القصاص بقتل أبيه، فقد ورث بعض دم نفسه، فلذلك سقط عنه القصاص، ويجب القصاص على قاتل الأم لكونه لا مسقط له^(١).

قصل

٦٠١ - أربعة إخوة: قتل الثاني الأول، والثالث الرابع، فإن القصاص يجب على الثالث، دون الثاني.

والفرق: أن الثاني ورث بعض دم نفسه، وهو نصيب أخيه الرابع، فسقط القصاص كما مر.

والثالث لما قتل الرابع لم يرثه، لأنه قاتله، وورثه أخوه الثاني، فيجب عليه نصف دية الأول للثالث، ويجب له القصاص عليه^(٢).

قصل

٦٠٢ - إذا قطع إنسان/ أصبع آخر عمداً، فطلب المجني عليه القصاص قبل الاندمال، فله ذلك^(٣).

ولو عفى على الدية، أو كان القطع خطأ، وطلب الدية قبل الاندمال، لم يكن له ذلك^(٤).

والفرق: أن القصاص وجب في الأصبع وجوباً مستقراً لا يتوهم سقوطه ولا نقضه، فكان للمجني عليه المطالبة به كما لو اندمل.

بخلاف الدية، فإنها بعرض الزيادة لسريان الجرح إلى النفس، فافترقا.

قلت: والصحيح أنه لا يقتصر في الأولى قبل الاندمال أيضاً، فتصير المسألتان سواء، والله أعلم.

قصل

٦٠٣ - إذا قطع أصبع رجل، ثم يد آخر، فاختار الأول القصاص، اقتصر له،

(١) انظر: المغني (٦٦٩/٧)، الشرح الكبير (١٧٨/٥)، كشاف القناع (٥٢٩/٥).

(٢) انظر: الهداية (٧٦/٢)، المغني (٦٧٠/٧)، الشرح الكبير (١٧٩/٥)، كشاف القناع (٥٣١/٥).

(٣) انظر: المغني (٧٢٩/٧)، المحرر (١٣٠/٢)، الإنصاف (٣١/١٠)، الإمتاع (١٩٨/٤).

(٤) انظر: المقنع (٤١٠/٣)، المحرر (١٣٠/٢)، الإنصاف (٩٨/١٠).

ویكون للثاني الخيار: بین دية یده كاملة، و بین الاقتصاص فی الید، وأخذ دية الأصبع الناقصة.

ولو قطع ید رجل، ثم قتل آخر، فاختار الأول القصاص، اقتصر له، وكان لولي المقتول الخيار: بین دية نفس المقتول، و بین القصاص، ولا يستحق مع القصاص فی النفس دية الید الناقصة.

والفرق: أن القصاص فی الأطراف يعتبر فیہ التساوي فی صفاتها، فلا تؤخذ كاملة الأصابع بناقصتها، فلہذا استحق مع القصاص فی الید أخذ دية الأصبع الناقصة لیاخذ حقہ كاملاً.

بخلاف القصاص فی النفس، لأن المعتبر فیہ إزهاق النفس، ولا يعتبر کمال الأطراف ولا نقصها، فافترقا^(١).

فصل

٦٠٤ - إذا قطع مسلم ید ذمي فأسلم، ثم سرت إلى نفسه، فلا قود علی القاطع، بل علیہ دية مسلم^(٢).

ولو كان المقطوع حریباً أو مرتدأ، فلا قود علی القاطع ولا دية^(٣).

والفرق: أن الجنایة علی الذمي مضمونة، والجنایة إذا وقعت مضمونة اعتبر أرشها^(٤).

بخلاف الثانية، فإن الجنایة وقعت غیر مضمونة، فلا تضمن سرائتها بحال^(٥).

فصل

٦٠٥ - الاعتبار فی وجوب القصاص بحال الجنایة.

وفي الدية بحال الاستقرار^(٦).

والفرق: أن القصد إلى إتلاف النفس شرط القصاص فاعتر بحال الجنایة.

بخلاف الدية، فإن القصد ليس شرطاً فیها، فاعتر بحالة الاستقرار. كما تقدم.

(١) انظر: المغني (٢٠٢/٧)، الشرح الكبير (١٩٦/٥)، المدع (٢٩٦/٨)، كشاف القناع (٥٤٢/٥).

(٢) انظر: الهداية (٧٦/٢)، المقنع (٣٤٧/٣)، المحرر (١٣٦/٢)، غاية المنتهى (٢٥٣/٣).

(٣) انظر: الهداية (٧٦/٢)، المقنع (٢٤٨/٣)، المحرر (١٣٥/٢)، الإمتاع (١٧٤/٤).

(٤) انظر: المغني (٦٥٣/٧-٦٥٤)، الشرح الكبير (١٧٢/٥)، كشاف القناع (٥٣٥/٥).

(٥) انظر: المغني (٦٥٤/٧)، الشرح الكبير (١٧٢/٥).

(٦) انظر: المغني (٦٥٤/٧)، الشرح الكبير (١٧٢/٥)، كشاف القناع (٥٣٥/٥).

فصل

٦٠٦ - إذا اشترك جماعة في قتل مكافئ لهم عمداً، فعفى وليه عن القصاص،
لزم كل واحد منهم دية كاملة^(١).
ولو كان القتل خطأ لم تجب إلا دية واحدة^(٢).
والفرق: أن القصاص استحق على كل واحد منهم، فيلزمه بالعفو دية نفسه^(٣).
بخلاف الخطأ، فإنه لا يوجب القصاص، وإنما أوجب دية المقتول فلزمتهم.

فصل

٦٠٧ - إذا قطع أذنيه فذهب سمعه، لزمه ديتان، ولم تدخل دية السمع في دية
الأذنين.
ولو قطع لسانه فذهب كلامه، لم يلزمه إلا دية واحدة.
والفرق: أن السمع منفعة حالة في غير الأذنين، فلم يدخل بدله في دية/
الأذنين، كعضوين مختلفين.
بخلاف اللسان، فإن الكلام حالٌّ فيه، فكان فيهما دية واحدة، كالבصر مع
العين^(٤).

فصل

٦٠٨ - إذا جنى على أذن غيره فشلت وجبت حكومة^(٥).
ولو كانت يداً وجبت ديتها^(٦). ذكره في المجرّد.
والفرق: أن شلل اليد يذهب نفعها.
بخلاف الأذن، فإن منفعتها تبقى مع شللها^(٧).

فصل

٦٠٩ - إذا قال حر لحر: شجني، ففعل، لم يلزمه شيء. في أصح الروايتين.

(١) انظر: المغني (٧/٧٥٤)، الفروع (٥/٦٢٧)، الإنصاف (٩/٤٤٨)، الروض المربع (٢/٣٣١).

(٢) انظر: الكافي (٤/٥٨)، الفروع (٥/٦٢٧)، المبدع (٨/٢٥٣)، الروض المربع (٧/١٨١).

(٣) انظر: المغني (٧/٧٥٤)، الشرح الكبير (٥/١٨٧).

(٤) انظر: الكافي (٤/١٠٠، ١٠٦)، الشرح الكبير (٥/٢٨١-٢٨٢)، المبدع (٨/٣٧٨).

(٥) انظر: الهداية (٢/٨٧)، الكافي (٤/٩٩)، المحرر (٢/١٤٠)، الإمتاع (٤/٢١٩).

(٦) الهداية (٢/٩٠)، الكافي (٤/٩٩)، المحرر (٢/١٤٠)، الإمتاع (٤/٢١٩).

(٧) الكافي (٤/٩٩-١١٠)، المغني (٨/٢٨٠، ٩)، المبدع (٨/٣٧٨).

ولو قال ذلك عبد، لزمه أرش الجنایة لمولاه^(١).
والفرق: أن الجنایة في الأولى حصلت في حق المستحق لأرشها بإذنه، فسقط
موجبها.
بخلاف العبد، فإن الجنایة حصلت في ملك السيد بغير إذنه، فلزم الجاني
الأرش^(٢)، فافترقا.

فصل

٦١٠ - إذا جرح حر حرأ عمداً، فقال المجروح: عفوت عن هذه الجنایة وما
يحدث منها، فمات، صح عفوه، ولا شيء لورثته.
ولو كانت الجراحة خطأ، كان عفوه من الثلث، ذكرهما ابن أبي موسى^(٣).
وفرّق: بأن المستحق لجراحة الخطأ المال، وليس له التصرف في حال خوفه
على نفسه في أكثر من ثلثه.
وجراحة العمد لا يستحق بها إلا القصاص وهو حق له، فإذا عفا عنه سقط^(٤).
قال: ولأن الحد لا يورث مع عدم المطالبة، فكيف يورث مع العفو عنه؟ فظهر
الفرق.

فصل

٦١١ - إذا قال حر لحر: شجني فشجه، لم يلزمه قصاص. رواية واحدة.
ويلزمه أرشها. في رواية.
ولو قال حر لعبد: شجني، ففعل، لم يلزمه شيء.
والفرق: أن جنایات الحر يلزم أرشها مع عدم الإذن، فالإذن شبهة في سقوط
القصاص، ولزمه أرش الجنایة، لأنها لا تستباح بالإباحة.
بخلاف العبد، فإن جنایته مضمونة على من استخدمه بغير إذن سيده، ولو جنى
على مستخدمه بغير إذنه فجنایته هدر، فبإذنه أولى، فلذلك لم يلزم العبد ولا سيده
شيء.

(١) الإنصاف (٤٥٥/٩)، المحرر (١٢٥/٢)، منتهى الإرادات (٣٩٨/٢).

(٢) انظر: كشف القناع (٥١٨/٥)، مطالب أولي النهى (٢٤/٦).

(٣) انظر: الإنصاف (١٢/١٠).

(٤) انظر: المغني (٧٥٠/٧)، الشرح الكبير (٢٠٢/٥)، كشف القناع (٥٤٦/٥).

فصل

٦١٢ - إذا قتل رجلاً ثم قطع يد آخر أو بالعكس، فاختر أولياؤهما القصاص قطع، ثم قتل.

ولو قطع يد رجل أولاً، ثم أصبع آخر، قدم القصاص في اليد، وللآخر دية أصبعه.

والفرق: أنه في الأولى أمكن استيفاء الحقين، ولا معنى لتعطيل أحدهما. وفي الثانية، لو قُدم القصاص في الأصبع نقص حق صاحب اليد، لأن القطع وجب له في اليد كاملة قبل استحقاق الآخر قطع الأصبع، فلذلك وجب ترتيب القصاص^(١).

فصل

٦١٣ - تغلظ دية العمد بصفقتها، وهي أسنان الإبل، لا بزيادة العدد^(٢).
 [١/٣] ولو قتل في الحرم^(٣) أو الإحرام، غلظت بزيادة العدد دية وثلاث^(٤).
 والفرق: أن تغليظها في الثانية لحرمة الحرم، فكان بزيادة العدد، كما لو قتل صيداً مملوكاً في الحرم فإنه يضمته بقيمته مرتين.
 بخلاف تغليظها للعمد، فإن ذلك لا يرجع إلى الحرم، فلم تغلظ بزيادة العدد، بل نص الشارع على التغليظ بالصفة، فتفارقا.

فصل

٦١٤ - تغلظ الدية بالحرم والإحرام والشهر الحرام، فتجب ديثان^(٥)، ولا تداخل.
 وإذا اجتمع في قتل الصيد الحرم والإحرام، لم يجب إلا جزاء واحد^(٦).
 والفرق: أن تغليظ الدية أكد، لأنها تغلظ بالشهر الحرام، والجزاء لا يغلظ بذلك.

(١) انظر: الكافي (٣٤/٤)، المغني (٧٠٢/٧)، الشرح الكبير (١٩٦/٥)، كشف القناع (٥٤٢/٥).

(٢) انظر: الهداية (٩٣/٢)، الكافي (٧٢/٤)، المحرر (١٤٤/٢)، الإمتاع (٢٠٧/٤).

(٣) انظر: المغني (٧٧٤/٧)، الإنصاف (٧٥/١٠)، الإمتاع (٢١٥/٤).

(٤) انظر: الهداية (٩٣/٢)، الكافي (٧٦/٤)، المحرر (١٤٥/٢)، الفروع (١٨/٦).

(٥) انظر: الكافي (٧٦/٤)، كشف القناع (٣١/٦)، وانظر الهداية (٩٣/٢)، المحرر (١٤٥/٢).

(٦) انظر: الكافي (٤٢٤/١)، الإمتاع (٣٧٦/١)، الروض المربع (١٤٣/١).

قلت: وفي هذا التفريق ضعف، وأقوى منه: أن التغليظ في الدية عقوبة، فلا يناسب التداخل.

بخلاف جزاء الصيد، فإنه بدل متلف، بدليل أن الله تعالى أوجب المثل في المثليات، والقيمة في المتقوم، وهذا شأن البدل، فلم يتعدد، لثلا يجب في متلف أكثر من قيمته.

فصل

٦١٥ - الموضحة^(١) في الرأس والوجه فيها مقدر^(٢).

وفي غيرهما لا مقدر فيها، بل حكومة^(٣).

والفرق: أنهما من الأعضاء الشريفة، وفيهما من المنافع ما ليس في غيرهما، فاختصا بالمقدر في موضحتهما.

بخلاف غيرهما من بقية الأعضاء لخلوها من جميع ما ذكرنا، ولأننا لو أجبنا في الموضحة في الأئمة خمساً من الإبل لوجب فيها أكثر مما يجب في قطعها، وهذا المعنى معدوم في الرأس والوجه^(٤).

فصل

٦١٦ - إذا أوضحه في موضعين من رأسه، ولم يخرق الحاجز بينهما، فأرش ذلك عشر من الإبل.

ولو عاد الجاني فخرق ما بينهما قبل الاندمال، لم يلزم الجاني إلا خمس من الإبل.

والفرق: أنهما موضحتان في الأولى، وموضحة في الثانية^(٥).

فصل

٦١٧ - إذا قطع الذكر والأنثيين معاً، أو قطعه ثم قطعهما، لزمه ديتان.

ولو قطعهما ثم قطعه، لزمه بقطعهما دية، وفي قطعه حكومة. في رواية^(٦) نقلها ابن منصور.

(١) انظر: المغني (٤٢/٨).

(٢) انظر: الهداية (٩١/٢)، الكافي (٨٩/٤)، المحرر (١٤٢/٢)، الإمتاع (٢٢٩/٤).

(٣) انظر: الكافي (٩٣/٤)، المغني (٤٤/٨)، الشرح الكبير (٢٩٧/٥)، المبدع (٥/٩).

(٤) المغني (٤٤/٥)، الشرح الكبير (٢٩٧/٥).

(٥) انظر: المغني (٤٤/٨)، الشرح الكبير (٢٩٧/٥)، المبدع (٦-٥/٩)، كشاف القناع (٥٢/٦).

(٦) انظر: الهداية (٩٠/٢)، الكافي (١١٤/٤)، الإمتاع (٢٢٧/٤)، منتهى الإرادات (٤٣٨/٢).

والفرق: أن الأنثيين لا ينقص بقطعهما، بل بقطع الذكر، فوجبت الدية بقطعهما لقول رسول الله ﷺ في حديث ابن حزم^(١) الطويل: «وفي البيضتين الدية» رواه النسائي^(٢).

بخلاف قطع الأنثيين أولاً، فإن الذكر يصير ذكر خصي، فيقل نفعه أو يعدم، فوجبت حكومة^(٣).

فصل

٦١٨ - إذا قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثيه وشفريه عمداً، فقال الخنثى: لا [ب/٧] أعفو عن القصاص، ولا/ أؤخر الحق، استحق عاجلاً حكومة في الشفرين.

ولو كانت المسألة بحالها غير أن الجاني خنثى مثله، لم يكن للمجني عليه استعجال شيء من المال^(٤).

والفرق: أنه لا يتصور وجوب القصاص على الرجل في الشفرين، لأنه إن كان الخنثى ذكراً فالشفران خلقة زائدة، لا قصاص فيهما، وإن كان امرأة فليس للرجل شفران يقتص منهما، فتعجل الحكومة فيهما، لأنها يقيناً واجبة.

وأما إذا كان الجاني خنثى، فيحتمل أن يكونا امرأتين فيجب القصاص في الشفرين، فلذلك وقف الأمر، كما وقف في قطع الذكر والأنثيين^(٥).

فصل

٦١٩ - إذا قطع يد عبد، لزمه نصف قيمته^(٦).

ولو غصبه فتلفت يده بأكلة^(٧)، لزمه ما نقص من قيمته^(٨).

والفرق: أن قطع يده جناية، فهي مضمونة ضمان الجناية وهو مقدر شرعاً، كما في الحر.

بخلاف تلفها بالأكلة، فإن ضمانها ضمان الغصب، وهو مقدر بما نقص من قيمته.

(١) أسد الغابة (٩٨/٤)، الإصابة (٢٩٣/٤).

(٢) التلخيص الحبير (١٧/٤)، نصب الرأية (٣٦٩/٤).

(٣) انظر: المبدع (٣٧٧/٨)، كشف القناع (٤٩/٦).

(٤) انظر: المقنع (٣٩٣/٣)، المحرر (١٤٦/٢)، الإمتاع (٢٠٩/٤).

(٥) انظر: لسان العرب (٢٢/١١)، القاموس المحيط (٣٢٩/٣).

(٦) انظر: الكافي (٣٩٠/٢)، المحرر (٣٦١/١)، كشف القناع (٩٠/٤).

(٧) الكافي (٨٠/٤)، الشرح الكبير (٢٥٠/٥)، كشف القناع (٢٢/٦).

(٨) المغني (٢٤٨/٦)، الشرح الكبير (١٩٨/٣)، كشف القناع (٩٠/٤).

فصل

٦٢٠ - إذا قصد إنسان أخذ مال إنسان، فلرب المال دفعه بالمقاتلة ولو أتى على نفس المدفوع، ولغيره معاونته على دفعه عن نفسه، لا ماله إن خاف قتل المدفوع^(١).

والفرق: أن حرمة النفس أعظم من حرمة المال، فإنه دفع عن نفس محترمة، ونفس قاصدها غير محترمة إذا قصد النفس المحرمة.

بخلاف ما إذا قصد المال، فإنه لا يجوز لأجله إتلاف نفس المدفوع، إذ هي أعظم حرمة بالنسبة إليه من مال غيره.

فصل

٦٢١ - إذا قطع ولي القاتل يد القاتل فاندملت، لزمه ديتها^(٢).
ولو لم يتدخل، بل سرى إلى نفس القاتل، لم يضمن القاطع شيئاً.
والفرق: أن مع الاندمال حقه باق في القصاص، وقد استوفى غيره، فلذلك لزمه ضمانه.

بخلاف الثانية، فإن القطع صار قتلاً، فسقط حكم القطع، وصار كأن الولي استوفى حقه.

فصل

٦٢٢ - إذا جنى عليه فأذهب سنّه ثم عاد، فجنى عليه آخر، فأذهب، فعليه القصاص.

ولو أوضحه فاندملت، ثم أوضحه آخر تلك البقعة، فلا قصاص ولا دية، بل حكومة.

والفرق: أن الجلد لا يعود إلى ما كان، فلا يجب [فيه ما يجب] في الصحيح.
بخلاف السن، فإنه يعود إلى ما كان.

فصل

٦٢٣ - إذا اشترك جماعة في قتل آدمي، لزم كل واحد كفارة^(٣).

(١) الإنصاف (٣٠٦/١٠)، حاشية المقنع (٥٠٦/٣).

(٢) انظر: الكافي (٤٥/٤)، المحرر (١٣٣/٢)، الشرح الكبير (١٩٣/٥)، الإمتاع (١٨٤/٤).

(٣) انظر: الهداية (٩٨/٢)، الكافي (١٤٤/٤)، الفروع (٤٤/٦)، منتهى الإرادات (٤٥١/٢).

ولو اشتركوا في قتل صيد الحرم، لزمهم جزاء واحد^(١).
والفرق: أن الكفارة طهرة من الذنب، وكل منهم فعله.
بخلاف الجزاء، فإنه بدل يقدر عن متلف فلم يتعدد، كما لو أتلفه واحد^(٢).
قلت: في كل من المسألتين/ روايتان.

[١/٣]

فصل

٦٢٤ - إذا جنى عبد المحجور عليه لفلس على عبد له آخر بما يوجب القصاص في النفس، وقتلنا: موجب العمد أحد شيئين^(٣)، فعفى السيد عن القود، ثبت له المال، ولم يسقط بعفوه^(٤).
ولو كان السيد مكاتباً، لم يجب له مال في رقبة الجاني^(٥).
والفرق: أن حقوق الغرماء تعلقت برقاب عبيده، فلذلك تعلق أرش الجناية على أحدهم برقبته.
بخلاف المكاتب، فإنه لم يتعلق حق أحد برقبة عبيده.

فصل

٦٢٥ - إذا جنى على المكاتب مثله، أو عبد جناية توجب القصاص فيما دون النفس، فعفى على غير مال لم يسقط^(٦).
ولو جنى عبد أو مكاتب على حر، فعفى على غير مال سقط.
والفرق: أن المكاتب لا يملك إسقاط المال، فلذلك لم يسقط^(٧).
بخلاف الحر، فإنه يملك إسقاط المال، فافترقا.

فصل

٦٢٦ - إذا جنى عبد على حر موضحة مثلاً، فأبرأه منها، لم يصح^(٨).
ولو عفى، صح^(٩).

(١) انظر: الهداية (٩٧/١)، الكافي (٤٢٢/١)، المحرر (٢٤٠/١)، الإمتاع (٣٧٥/١).

(٢) انظر: المغني (٩٦/٨)، الشرح الكبير (٣١٩/٥)، كشاف القناع (٤٦٧/٢).

(٣) الروايتين والوجهين (٢٩٨/٢)، المغني (٥٢٣/٣)، الإمتاع (٥٤٧/٣).

(٤) الكافي (٥١/١)، المغني (٧٥٤/٧)، المبدع (٣٠٠/٨)، كشاف القناع (٥٤٤/٥).

(٥) انظر: الكافي (٥١/٤)، المغني (٤٧٩/٩)، الشرح الكبير (٤٣٩/٦).

(٦) انظر: المغني (٩١٥/٩)، الشرح الكبير (٤٤١/٦).

(٧) انظر: المغني (٩١٥/٩)، الشرح الكبير (٤٤١/٦).

(٨) الهداية (٨٤/٢)، المقنع (٣٦٤/٣)، المحرر (١٣٤/٢)، منتهى الإرادات (٤١٢/٢).

(٩) المحرر (١٣٥/٢)، منتهى الإرادات (٢١٤/٢).

والفرق: أن إبراء العبد إبراء لمن لا حق له، لأن أرش الجنایة تعلق برقبته وهي لسيده^(١).

بخلاف العفو عنها، فإنه يبرىء من استحق عليه أرشها وهو السيد.

فصل

٦٢٧ - إذا أمر الإمام إنساناً بنزول بشر ففعل، فهلك، ضمنه الإمام^(٢).

ولو كان الأمر من آحاد الرعية، لم يضمن^(٣).

والفرق: أن طاعة الإمام واجبة، فقد فعله طاعة أو معتقداً أنه لا يجوز مخالفتها، فكانه أكره عليه، ولو أكرهه ضمن، فكذا هنا.

بخلاف آحاد الرعية، فإنه لا طاعة له^(٤).

ثم إن كان أمر الإمام لمصلحة نفسه ضمننت عاقلته، وإن كان لمصلحة المسلمين ففيه روايتان، إحداهما: الضمان على عاقلته، والأخرى: في بيت المال^(٥).

فصل

٦٢٨ - إذا ذكرت امرأة عند الإمام بسوء، فأرسل إليها ليحضرها، فأسقطت جنينها، وجب ضمانه على الإمام^(٦). وهل يكون في عاقلته، أو بيت المال؟ فيه الروايتان.

وكذلك لو أرسل إليها فماتت من الخوف^(٧). على قياس قول أصحابنا: في من صاح بإنسان فوق بصيحته من علو فمات^(٨).

فأما إن أرسل آحاد الرعية، وقال لها: الإمام يدعوك، ففزعت فماتت أو

(١) الشرح الكبير (٢٠٢/٥)، كشف القناع (٥٤٦/٥)، حاشية المقنع (٣/٣٦٤).

(٢) انظر: الكافي (٦٤/٤)، المحرر (١٣٨/٢)، الإنصاف (٥٦/١٠)، الإمتاع (٢/٤).

(٣) الكافي (٦٤/٤)، المحرر (١٣٨/٢)، الإنصاف (٥٦/١٠)، الإمتاع (٢/٤).

(٤) الكافي (٦٤/٤)، المغني (٣٢٨/٨)، الشرح الكبير (٢٣٩/٥ - ٢٤٠).

(٥) انظر: الشرح الكبير (٣٠٩/٥)، المحرر (١٤٩/٢)، الإنصاف (١٢١/١٠)، منتهى الإرادات (٢/٤٤٩).

(٦) انظر: الهداية (٨٥/٢)، المحرر (١٣٨/٢)، القروع (١٣/٦)، منتهى الإرادات (٤٢٧/٢).

(٧) الهداية (٨٥/٢)، المقنع (٣٨٥/٣)، الإمتاع (٢٠٥/٤)، منتهى الإرادات (٤٢٧/٢).

(٨) الهداية (٨٥/٢)، الكافي (٦٠/٤)، المحرر (١٢٤/٢)، منتهى الإرادات (٣٩٤/٢).

أسقطت، ضمنها الرسول، لأن تلفها من جهته^(١). والله أعلم.
قلت: وقد حكى أصحابنا فيما إذا ماتت خوفاً من السلطان، وجهين، واختلفوا في الصحيح منهما.
فرجع صاحب المغني وجماعة^(٢): ما ذكر السامري هنا.
ورجع صاحب المحرر^(٣)، وطائفة: عدم الضمان.

فصل

٦٢٩ - إذا أمر الإمام إنساناً بقتل آخر، فقتله معتقداً جواز قتله، فلا ضمان عليه.
[٣/ب] ولو قتله مختاراً معتقداً/ تحريم قتله، لكن الإمام يرى جواز قتله اجتهاداً، فعليه الضمان.
والفرق: أنه في الأولى قتل من يعتقد جواز قتله، فلم يضمن.
بخلاف الثانية، فإنه يعتقد تحريم قتله معصوماً، فضمن^(٤). فافترقا.

فصل

٦٣٠ - إذا قطع الإمام أو غيره سلعة غير مولى عليه بغير إذنه، فمات فعلى القاطع القود^(٥).
ولو عزّره الإمام فمات، فلا ضمان عليه^(٦).
والفرق: أن السلعة ليس للإمام ولا غيره إزالتها بغير إذن من هي فيه، فقطعها تعدّ من قاعله فضمن^(٧).
بخلاف التعزيز، فإن للإمام فعله فلا ضمان عليه فيه، كما لو قطع سارقاً فسرى إلى نفسه^(٨).

(١) المغني (٨٣٤/٧)، المحرر (١٣٨/٢)، الفروع (١٣/٦)، منتهى الإرادات (٤٢٧/٢).

(٢) انظر: المغني (٨٣٣/٧).

(٣) انظر: المحرر (١٣٨/٢).

(٤) المغني (٧٥٨/٧)، الشرح الكبير (١٦١/٥)، المبدع (٢٥٨/٨)، كشف القناع (٥١٨/٥).

(٥) الهداية (٧٨/٢)، المقنع (٣٣١/٣)، الفروع (٦٢٤/٥)، منتهى الإرادات (٣٩١/٢).

(٦) انظر: الكافي (٢٤٣/٤)، المغني (٣٢٦/٨)، الإنصاف (١٥٩/١٠)، منتهى الإرادات (٤٥٨/٢).

(٧) المغني (٣٢٧/٨)، الشرح الكبير (١٥١/٥)، كشف القناع (٥٠٦/٥).

(٨) المغني (٣٢٦/٨)، الكافي (٢٤٣/٤)، كشف القناع (٨٣/٦).

فصل

٦٣١ - قلت: فلو قطعها الإمام من مولى عليه كالصبي والمجنون، لم يضمن. ذكره أبو بكر^(١).

لأنه مأذون فيه، كقطع السرقة^(٢).

بخلاف قطعها من غير مولى عليه، كما ذكرنا، فافترقا.

فصل

٦٣٢ - إذا وقفت دابته في طريق فجنت ضمن^(٣).

وإن كان واسعاً، ففيه روايتان:

ولو حفر بئراً في سابلة المسلمين ضمن ما تلف بها، ضيقاً كان أو واسعاً^(٤).

والفرق بينهما: أن الدابة تؤذي من قرب منها، فإذا كان السبيل ضيقاً فقد تعدى بمنع الاجتياز، فضمن.

بخلاف الواسعة، فإنه لم يمنع الاجتياز^(٥).

وأما إذا حفر بئراً في السابلة فإن الغالب حصول الأذى بها، ضيقاً كان أو واسعاً، فافترقا.

فصل

٦٣٣ - قلت: إذا سقط رجل في حفرة فجذب ثانياً، وجذب الثاني ثالثاً، وجذب الثالث رابعاً، فلما صاروا فيها قتلهم أسد أو أفعى، فدم الأول هدر وعليه دية الثاني، وعلى الثاني دية الثالث، وعلى الثالث دية الرابع.

ولو تدافع أو تراحم عند الحفرة جماعة، فسقط فيها منهم أربعة متجاذبين، فعلى قبائل الذين حضروا وتراحموا للأول ربع دية، وللثاني ثلثها، وللثالث نصفها، وللرابع دية كاملة^(٦).

(١) انظر: الهداية (٧٨/٢)، المقنع (٣٣١/٣)، الفروع (٦٢٤/٥)، الإمتاع (١٦٣/٤).

(٢) المغني (٣٢٧/٨)، الشرح الكبير (١٥١/٥)، كشف القناع (٥٠٦/٥).

(٣) الهداية (١٩٦/٢)، الشرح الكبير (٢٢١/٣)، الإنصاف (٢٢٠/٦)، منتهى الإرادات (٥٢١/٢).

(٤) الكافي (٦١/٤)، الشرح الكبير (٢٢٣/٣)، الإنصاف (٢٢٦-٢٢٥/٦)، كشف القناع (٤/١٢٢).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (٣٥٠/٢)، المغني (٣٤٠/٨)، الشرح الكبير (٢٢١/٥).

(٦) انظر: الفروع (١٠/٦)، الإنصاف (٤٦-٤٧)، الإمتاع (٢٠٤/٤).

والفرق: أن الأول في الأولى سقط بفعل نفسه، لا بفعل غيره، فكان دمه هدرًا كموته حتف أنفه، وعليه دية الثاني لأنه جذبته، وعلى الثاني دية الثالث، وعلى الثالث دية الرابع لذلك^(١). وهذا هو القياس.

ولكن المسألة الثانية خالف فيها إمامنا رضي الله عنه القياس، لما روى هو في المسند عن حنشل بن المعتمر^(٢) عن علي رضي الله عنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فانتبهينا إلى قوم قد بنوا زبية للأسد، فبينما هم كذلك يتدافعون إذ سقط رجل/ IV فتعلق بآخر، ثم تعلق الرجل بآخر حتى صاروا فيها أربعة، فجرحهم الأسد، فانتدب له رجل بحربة فقتله^(٣)، وماتوا من جراحهم كلهم، فقام أولياء الأول إلى أولياء الآخر ليقتتلوا، فأتاهم علي عليه السلام فقال: أتريدون أن تقتتلوا ورسول الله ﷺ حي، إنني أقضي بينكم بقضاء إن رضيت به فهو القضاء، وإلا حجر بعضكم على بعض حتى تأتوا النبي ﷺ، فيكون هو الذي يقضي بينكم، فمن عدا بعد ذلك فلا حق له. فأجمعوا من قبائل الذين حفروا البئر ربع الدية، وثلاث الدية، ونصف الدية، والدية كاملة، فللأول ربع الدية لأنه هلك من فوقه ثلاثة، وللثاني ثلث الدية، وللثالث نصف الدية، وللرابع الدية كاملة. فأبوا أن يرضوا، فأتوا رسول الله ﷺ وهو عند مقام إبراهيم ﷺ فقصوا عليه القصة، فأجازه رسول الله ﷺ. ورواه سعيد بن منصور في سننه^(٤) أيضاً، فقال: ثنا أبو عوانة^(٥)، وأبو الأحوص^(٦)، عن سماك^(٧) عن حنشل فذكروه.

وكثير من أصحابنا رحمهم الله يستدلون على المسألة الأولى بقصة علي رضي الله عنه، كما فعل أبو الخطاب^(٨)، وتابعه على ذلك صاحب المستوعب، وغيره. والصواب: أنهما مسألان لكل منهما حكم كما بينت. والله أعلم.

- (١) الكافي (٦٩/٤)، المبدع (٣٣٧/٨)، كشاف القناع (١٤/٦).
- (٢) انظر: الكامل في ضعفاء الرجال (٨٤٤/٢)، تقريب التهذيب (٢٠٥/١).
- (٣) المصباح المنير (١٢٧/١)، المعجم الوسيط (١٦٤/١).
- (٤) أخرجه البزار في مسنده (٣٠٦/٢)، وعزاه الحافظ الهيثمي للبزار وللإمام أحمد، قال: وفيه حنشل: وثقه أبو داود، وفيه ضعف. انظر: مجمع الزوائد (٢٨٧/٦).
- (٥) انظر: سير أعلام النبلاء (٢١٧/٨)، تهذيب التهذيب (١١٦/١١).
- (٦) سير أعلام النبلاء (٢٨١/٨)، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤).
- (٧) الكامل في ضعفاء الرجال (١٢٩٩/٣)، تهذيب التهذيب (٢٣٢/٤).
- (٨) في الهداية (٨٦/٢).

باب قتل أهل البغي

فصل

٦٣٤ - إذا استولى البغاة على بلد، فادعى أهله دفع الزكاة إليهم، قبل بغير يمين.

ولو ادعى أهل الذمة أخذهم الجزية، لم يقبل إلا بيينة^(١).
والفرق: أن الجزية كالأجرة عن سكناهم بدار الإسلام، والقول قول المؤجر في استيفاء الأجرة.
بخلاف الزكاة، فإن أرباب الأموال مؤتمنون على دفعها إلى مستحقها فقبل قولهم، كسائر الأمانات^(٢).

فصل

٦٣٥ - إذا نصبوا قاضياً يستحل دماء أهل العدل ومالهم، لم ينفذ حكمه، وإلا نفذ.

والفرق: أنه إذا استحل ذلك فأدنى أحواله الفسق، وإلا فالكفر.
بخلاف ما إذا لم يستحله، فإنه كسائر القضاة^(٣).

فصل

٦٣٦ - إذا شرب المسلم الخمر، أو أكل لحم الخنزير، لم يحكم برده^(٤).
ولو صلى الكافر في دار الحرب، حكم بإسلامه^(٥).
والفرق: أن الردة تبيح الدم، فلم يجز إثباتها بالاستدلال.
بخلاف الإسلام، فإنه يحقن الدم، فجاز إثباته بذلك، فافترقا.
قلت: هكذا قيد السامري الصلاة بدار الحرب، وهذا خطأ، فإنه لا يختلف

(١) انظر: الهداية (١٠٨/٢)، المقنع (٥١٣/٣)، المحرر (١٦٦/٢)، الإرادات (٤٩٦/٢).

(٢) المغني (١١٩/٨)، الشرح الكبير (٣٥٠/٥)، المبدع (١٦٦/٩)، كشاف القناع (١٦٦/٦).

(٣) الكافي (١٥٢/٤)، المغني (١١٩/٨ - ١٢٠)، الشرح الكبير (٣٥٠/٥).

(٤) الكافي (١٥٦/٤)، المغني (١٣٢/٨)، الشرح الكبير (٣٥٥/٥).

(٥) انظر: المغني (١٤١/٨)، الشرح الكبير (٣٦٤/٥)، الإمتاع (٣٠٤/٤)، شرح الإرادات (٣/٣٩٣).

المذهب: أن الكافر يحكم بإسلامه بالصلاة في دار الحرب ودار الإسلام، وإنما هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه^(١).

كتاب الحدود

فصل

٦٣٧ - / إذا أباحت المرأة لزوجها أمتها، فوطئها وهو محصن عالم بحرمة الوطء، عزر بمائة جلدة، ولم يجب رجمه.

ولو أباح له أجنبي أمته فوطئها - كما وصفنا - وجب رجمه.

والفرق: أن الوطء لا يستباح بالإباحة، فقد حصل وطؤه عمداً في غير ملك ولا شبهة، فوجب الرجم.

بخلاف المسألة الأولى، فإنها خرجت عن القياس للنص الوارد فيها، وهو ما روى النعمان بن بشير رضي الله عنهما عن النبي ﷺ في الذي يأتي جارية امرأته وقد أحلتها له: «يجلد مائة»، رواه أبو داود^(٢). فلذلك فرق بينهما^(٣).

فصل

٦٣٨ - إذا ثبت على رجل أنه زنا بأمة فلان حدة، وإن لم يحضر فلان.

ولو قامت بينة أنه سرق مال فلان من حرز، لم يقطع حتى يحضر ويطالب.

والفرق: أن المسروق يحتمل كونه مباحاً للسارق، بأن يكون مالكة قد أباحه أخذه، ولا يعلم السارق ولا البينة بذلك، فيتأخر القطع إلى أن يحضر.

بخلاف الزنا، فإنه لا فائدة لحضوره، إذ لو حضر وذكر أنه أباحه وطأها لم يؤثر ذلك في إسقاط الحد^(٤).

فصل

٦٣٩ - إذا شهد شهود على رجل بالزنا، استفسرهم الحاكم عن صفة الزنا، وكيف رأوا؟.

(١) المهذب (٢/٢٢٤)، مغني المحتاج (٤/١٣٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٤/١٥٧)، والترمذي (٤/٥٤)، والنسائي (٦/١٢٤)، وابن ماجه (٢/٨٥).

(٣) انظر: الروايتين والوجهين (٢/٣٢٦)، المغني (٨/١٨٥-١٨٦)، الشرح الكبير (٥/٤٩٢)، المبدع (٩/١١٠-١١١)، كشاف القناع (٦/١٢٣).

(٤) الروايتين والوجهين (٢/٣٣٧-٣٣٨)، المغني (٨/٢٨٥)، الشرح الكبير (٥/٤٦٥)، المبدع (٩/١٣٩).

ولو شهدوا عليه يشرب مسكر حدّ، ولم يستفسرهم.
والفرق: أن المسكر لا ينقسم إلى جهة لا حد فيها، لأن الحد بأي مسكر كان.

بخلاف الزنا، فإنه ينقسم إلى موجب، وغير موجب، كالنظر فإنه زنا، ولا يوجب حدّاً، ويؤيد ذلك استفساره عليه السلام لماعز، وتنصيبه على ما لا يبقى معه احتمال، ليمحض إقراره، وتندفع الاحتمالات كلها^(١)، فافترقا.

فصل

٦٤٠ - إذا شهد أربعة على رجل بالزنا، وله ولد من زوجته، فقال: لم أطأها، لم يثبت إحصانه بالولد فلا يرجم، لأن الولد يلحق بالإمكان، والإحصان لا يثبت إلا باليقين لا بالإمكان، فلم يكن إلحاق الولد دالاً على وجود الوطء منه قطعاً، فلهذا لم يثبت إحصانه^(٢).

قال أبو عبد الله السامري: فإن قيل: أليس لو طلقها في هذه الحال لزمه المهر كاملاً، اعتباراً بوجود الوطء ظاهراً، فهلاً كان في ثبوت الإحصان مثله.
قال: فالجواب: أني لا أعرف عن الإمام أحمد نصاً في ذلك، وقياس المذهب يحتمل وجهين:

أحدهما: يلزمه نصف المهر، فعلى هذا لا فرق بينهما، ويحتمل: أن يلزمه جميع المهر.

والفرق بينهما: أن المهر يجب بالعقد، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، وإذا كان الظاهر وجود الوطء، لم يجز إسقاط نصف المهر بالشك.

بخلاف الرجم، فإنه غير واجب عليه، فلا يجوز إيجابه عليه بإحصان مشكوك فيه، فافترقا.

قلت: هذا كلام السامري بحروفه.

قال الوالد: وهذا الإيراد لا يتوجه على أصلنا، لأن من أصلنا: أن كمال / [١/٢٤] الصداق لا يتوقف على حقيقة الوطء، بل يكفي خلوة من يطأ مثله بمن يوطأ مثلها من غير مانع^(٣).

(١) انظر: المغني (٣١٠/٨)، الشرح الكبير (٥/ ٤٨).

(٢) انظر: المغني (١٦٥/٨)، الشرح الكبير (٥/ ٣٩)، كشف القناع (٦/ ٩١).

(٣) انظر: الكافي (٣/ ٩٥-٩٦)، المحرر (٢/ ٣٥)، الفروع (٥/ ٢٧١).

وإنما يتوجه على أصل الشافعي، ومن وافقه في عدم تكملته بالخلوة^(١). لكن نقل السامري هذه المسألة عن الروياني الشافعي، فإنه ذكر هذا الإيراد وأجاب عنه بقولين للشافعي رحمه الله، كالاتمالين اللذين ذكرهما المصنف، وليس السؤال لازماً على أصولنا.

فصل

٦٤١ - إذا أقر بالزنا، سئل عن كفيته.
ولو قذف إنساناً بالزنا حدّ، ولم يسئل: كيف زنا؟
والفرق: أن الشرع ورد باستفسار المقر بالزنا، دون القاذف، ثم قرينة الحال في القذف تغني.
بخلاف الإقرار بالزنا، مع أن حده حق لله محض، فيحتال لإسقاطه. بخلاف حد القذف، فإنه حق آدمي، فافترقا^(٢).

فصل

٦٤٢ - إذا وجب رجم مريض مرضاً يرجى برؤه، لم يؤخر رجمه.
ولو وجب عليه غيره من الحدود، أُخِّر^(٣).
والفرق: أنه إنما يؤخر خوفاً على نفسه من التلف بالحد، والواجب رجمه مستحق إتلاف النفس، فلا معنى للتأخير.
بخلاف غيره، فإنه لا يستحق إتلاف نفسه، فأخّر حفاظاً لها^(٤).

فصل

٦٤٣ - إذا شهد بحق، فقال المشهود عليه: هو عبد، لم تقبل الشهادة حتى تثبت حرّيته.
وإذا جنى خطأ، فقالت العاقلة: المجني عليه عبد، يحتاج المجني عليه إلى إثبات حرّيته.

(١) انظر: المذهب (٥٨/٢)، مغني المحتاج (٣/٢٢٥).

(٢) انظر: الهداية (٢/١٠٠)، الشرح الكبير (٥/٣٨٢)، الإنصاف (١٠/١٥٨)، الإمتاع (٤/٣٤٦).

(٣) الهداية (٢/١٠٠)، المقنع (٣/٤٤٥)، المحرر (٢/١٦٤)، الإنصاف (١٠/١٥٨)، الإمتاع (٤/٢٤٦).

(٤) انظر: المغني (٨/١٧٣)، الشرح الكبير (٥/٣٨٢)، المبدع (٨/٥٠).

وإذا قذف رجلاً فطالبه بالحد، فقال: أنا عبد فحدوني حد العبيد، لم يحد حد الأحرار حتى تثبت حرته
وفي غير هذه المواضع الظاهر الحرية.

والفرق: أن العمل بظاهر الأمر وهو الحرية في هذه المسائل يفضي إلى استحقاق حق على المشهود عليه، والقاذف والعاقلة، والجاني بمجرد الظاهر، وذلك غير كاف، بدليل: أن الظاهر في المسلم العدالة، ومع هذا فلو جرح المدعى عليه الشهود لم تقبل شهادتهم حتى يزكوا، فدل على أن الظاهر لا يستحق به حق على الغير.

بخلاف ما عدا هذه المسائل، فإن الناس فيها أحرار بدليل ما لو ادعى إنسان على آخر رقاً، فإنه لا يقبل إلا بينة، ويكون القول قوله: إنه حر، لأن الحرية هي الأصل والرق طار، فظهر الفرق.

فصل

٦٤٤ - إذا اشترك اثنان في نقب حرز ودخوله إلا أن أحدهما أخرج النصاب.

ولم يخرج الآخر شيئاً، فعليهما القطع.

ولو اشتركا في نقبه، ودخل أحدهما فأخرج النصاب إلى الآخر فأخذه، قطع الداخل خاصة^(١).

والفرق: أنهما في الأولى اشتركا في هتك الحرز، وهو دخولهما إليه، وهذا هو الأصل في السرقة/ بدليل: أن السراق يكلون الإخراج إلى أصاغرهم، والنقب [٧٤/ب] إلى أكابرهم، وهذا فعل يتعلق به أخذ المال، وتعتبر فيه المنعة، فلم يختص بالمباشر، كمال الغنيمة.

بخلاف ما إذا دخل أحدهما دون الناقب، لأن الداخل اختص بهتك الحرز فقطع، دون الآخر^(٢).

فصل

٦٤٥ - إذا نقبا حرزاً وأخرج أحدهما منه نصيباً، فعليه القطع

(١) انظر: الهداية (١٠٣/٢)، الكافي (١٨٨/٤)، المحرر (١٥٧/٢)، الإمتاع (٢٧٦/٤-٢٧٧).

(٢) انظر: المغني (٢٨٢/٨-٢٨٤)، الشرح الكبير (٤٤٨/٥-٤٤٩)، المبدع (١٢٣/٩-١٢٤)، كشاف القناع (١٣٣/٦-١٣٤).

ولو نقب أحدهما وأخرج الآخر، لم يقطع واحد منهما^(١).
والفرق: أن المقطوع في الأولى شارك في هتك الحرز ومسرق.
بخلاف الثانية، فإن أحدهما نقب، والآخر أخرج النصاب ولم ينقب، والحرز
بعد النقب لا يصير حرزاً، فكأنه سرق من غير حرز^(٢) فافترقا.
قلت: هذا إن لم يكونا تواطئاً على السرقة، فأما إن تواطئاً عليها، فنقب
أحدهما وأخرج الآخر، فإنهما يقطعان في الصحيح من المذهب، لثلا يفضي ذلك
في التحيل به إلى إسقاط القطع.

فصل

٦٤٦ - إذا هتك حرزاً وأخرج منه بعض النصاب وانصرف، ثم عاد فأخذ بقيته،
فإن تراخى عوده فلا قطع، وإن لم يتراخ قطع.
والفرق: أنه إذا لم يتراخ فهو كالفعل الواحد فيقطع، كما لو أخذه دفعة.
بخلاف ما إذا تراخى، فإنه يصير بمنزلة الفعلين فلم يقطع، كما لو عاد في
الليلة الثانية^(٣).
قلت: وفيه وجه: أنه يقطع مع التراخي، وهو قوي^(٤).

فصل

٦٤٧ - إذا سرق مندبلاً لا يساوي نصاباً، وفي طرفه دينار مشدود لم يعلم به،
لم يقطع^(٥).
ولو سرق كيساً فيه مال ولم يعلم، فقياس المذهب: القطع.
والفرق: أنه في الأولى سرق المندبل فقط، فلم يقطع لكونه دون النصاب.
بخلاف الكيس، فإنه غير مقصود، وإنما المقصود ما فيه فقطع به، كما لو
علم.

(١) انظر: الهداية (١٠٣/٢)، المقنع وحاشيته (٤٨٩/٣)، الإنصاف (٢٦٨/١٠)، الإمتاع (٢٧٧/٤)،
منتهى الإرادات (٤٨٣/٢).

(٢) انظر: الكافي (١٨٨/٤)، المغني (٢٨٤/٨)، الشرح الكبير (٤٤٩/٥)، مطالب أولي النهى (٦/
٢٣٤).

(٣) انظر: الكافي (١٧٦/٤)، المغني (٣٥٧/٨)، الشرح الكبير (٤٥١/٥)، مطالب أولي النهى (٦/
٢٣٥).

(٤) انظر: المبدا (١٢٦/٩)، الإنصاف (٢٦٤/١٠).

(٥) انظر: الهداية (١٠٤/٢)، المغني (٢٧٤/٨)، الفروع (١٢٨/٦)، الإمتاع (٢٧٥/٤).

فصل

٦٤٨ - إذا سرق عبداً صغيراً من حرز، قطع.
ولو كان كبيراً مميزاً، لم يقطع.
والفرق: أن العبد مال ومع صغره لا يعقل، كالبهيمة.
بخلاف المميز، فإنه لا يسرق بل يخدع، ولا قطع على الخادع^(١)، فافترقا.

فصل

٦٤٩ - إذا سرق باب دار مفتوحاً أو مغلقاً، قطع^(٢).
ولو سرق باب خزانة، لم يقطع^(٣).
والفرق: أنه سرق الباب وهو محرز بنصبه وتسميره، فقد سرقه من حرز مثله، فقطع.
بخلاف الخزانة، فإنه محرز بباب الدار، فإذا لم يكن مغلقاً أولاً باب للدار لم يسرق من حرز، فلذلك لم يقطع^(٤).

فصل

٦٥٠ - إذا نام حر على أمتعه، فحملهما السارق وأخذهما، لم يقطع.
ولو نام عبد صاحب المتاع عليه، فأخذهما السارق، لزمه القطع. ذكره ابن عقيل.
والفرق: أنه أخذ الحرز ولم يسرق منه، فلذلك لم يقطع.
بخلاف الثانية، فإن العبد مال، ولو سرق عبداً كبيراً نائماً، أو صغيراً/ غير [١/٧٥]
نائم قطع، فهنا قد سرق مالين: العبد، والمتاع، ونوم العبد عليه إحراز له وللمتاع،
فلذلك قطع، كما لو سرقهما من حرز مغلق.

فصل

٦٥١ - إذا سرق تآزير المسجد، أو بابه قطع، والمطالبة به للإمام.

(١) انظر: المغني (٢٤٥/٨)، الشرح الكبير (٤٤٢/٥)، كشاف (١٣٠/٦).
(٢) انظر: المغني (٢٥٢/٨)، الشرح الكبير (٤٥٥/٥)، الإمتاع (٢٨١/٤)، شرح منتهى الإرادات.
(٣) انظر: المغني (٢٥٢/٨)، الفروع (١٣٢/٦)، الإقناع (١٨٢/٤)، مطالب أولي النهى (٢٤٠/٦).
(٤) انظر: المغني (٢٥٢/٨)، الشرح الكبير (٤٥٥/٥).

ولو سرق حصره أو قناده، لم يقطع^(١).
والفرق: أن الثاني لمنفعة الناس، فللسارق شبهة.
بخلاف الأول، فإنه لا شبهة فيه، إذ الواقف قصد إحرازه بالبناء، ليبقى على
الدوام^(٢).

فصل

٦٥٢ - إذا جحد المودع الوديعه، لم يقطع^(٣).
ولو جحد المستعير العارية، قطع^(٤).
قلت: إن كان نصاباً.
والفرق: أن الجاحد للوديعة لا يسمى سارقاً، وشرط القطع غير موجود، وهو
هتك الحرز، فلذلك لم يقطع^(٥).
وأما جاحد العارية فإنه يقطع، لما روي: أن امرأة مخزومية كانت تستعير
المتاع وتجحد، فقطعها النبي ﷺ. رواه الإمام أحمد ومسلم وغيرهما.
قلت: وقطع جاحد العارية في إحدى الروايتين، وهو المشهور من
المذهب^(٦). والأخرى: لا تقطع^(٧)، وهو الصحيح.
وما ذكره من حديث المخزومية قد بينته عائشة رضي الله عنها فيما رواه
البخاري، فقالت: إن قريشاً أهمهم شأن المخزومية التي سرقت. والقصة واحدة، ثم
ما في تمام الحديث الذي رواه الإمام أحمد ومسلم: كانوا إذا سرق فيهم الشريف
تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد. وهذه الرواية هي اختيار أبي القاسم
الخرقي، وأبي إسحق بن شاقلا، وأبي محمد المقدسي^(٨)، رحمهم الله تعالى.

-
- (١) انظر: الهداية (١٠٤/٢)، الكافي (١٨٠/٤)، الفروع (١٣٢/٦)، منتهى الإرادات (٤٨٦/٣٠).
(٢) انظر: المغني (٢٥٣/٨)، الشرح الكبير (٤٥٥/٥)، المبدع (١٣٠/٩٠-١٣١)، كشاف القناع (٦/١٣٩).
(٣) انظر: المغني (٣٤١/٨) وقال: «فلا نعلم أحداً قال بوجوب القطع عليه»، المحرر (١٥٦/٢٠)،
الفروع (١٣٨/٦)، منتهى الإرادات (٤٨٠/٢٠).
(٤) انظر: المغني (٣٤١/٨) وقال: «فلا نعلم أحداً قال بوجوب القطع عليه»، المحرر (١٥٦/٢٠)،
الفروع (١٣٨/٦)، منتهى الإرادات (٤٨٠/٢٠).
(٥) انظر: الفتح الرباني (٦٢/١٦)، صحيح مسلم (١١٥/٥٠)، سنن أبي داود (١٣٩/٤٠).
(٦) انظر: إعلام الموقعين (٦٢/٢)، زاد المعاد (٥٠/٥)، تهذيب سنن أبي داود (٢٠٩/٦).
(٧) انظر: الكافي (١٧٤/٤)، المحرر (١٥٦/٢)، الإنصاف (٢٥٣/١٠٠).
(٨) انظر: الهداية (١٠٥/٢)، المغني (٢٤١/٨)، الشرح الكبير (٤٤٠/٥)، الإنصاف (٢٥٣/١٠٠).

فصل

٦٥٣ - إذا أقر بسرقة نصاب لغائب، لم يقطع حتى يحضره، بل يحبس .
ولو أقر له بدين، لم يحبس .
والفرق: أنه إنما حبس في الأولى لتعلق حق الحاكم بقطعه .
بخلاف الدين، فإنه لا حق للحاكم فيه^(١) .

فصل

٦٥٤ - إذا أجر حرزاً ثم سرق منه نصاباً لمستأجره، قطع^(٢) .
ولو زوج أمته ثم وطئها، فلا حد^(٣) .
والفرق: أن المستأجر ملك منافع الحرز مدة الإجارة، ولم يبق للمؤجر فيها حق، فصار ماله محرزاً فيه، كما لو أحرزه في حرز هو ملكه^(٤) .
بخلاف الثانية، فإن الأمة المزوجة منافع بضعها ملك لسيدها، بدليل: أنها لو وطئت بشبهة وجب مهرها لسيدها، وإنما منع من وطئها لحق الزوج، فقد استوفى السيد ملكه، فلا يجب عليه بذلك حد، كالراهن إذا وطئ جاريته المرهونة^(٥) .

فصل

٦٥٥ - إذا سرق ويمينه مقطوعة، قطعت يسرى رجله .
ولو سرق وهي موجودة فتآكلت، لم تقطع رجله اليسرى^(٦) .
والفرق: أنه في الأولى تعلق القطع بعينها، فسقط ب تلفها^(٧) .
بخلاف ما/ إذا سرق ويمينه مقطوعة، فإن القطع تعلق ابتداء برجله، فلهذا لم يسقط . [٧٥/ب]

فصل

٦٥٦ - إذا استعار حرزاً وأحرز فيه متاعه، فسرق المعير منه نصاباً من مال المستعير، قطع .

-
- (١) انظر: المسألتين والفرق بينهما في: المغني (٢٨٥/٨)، الشرح الكبير (٤٦٥/٥) .
(٢) انظر: الهداية (١٠٥/٢)، المقنع (٤٩٦/٣)، المحرر (١٥٩/٢)، الإقناع (٢٨٤/٤) .
(٣) انظر: الهداية (١٠٢/٢)، الكافي (٢٠٢/٤)، الإقناع (٢٥٤/٤)، منتهى الإرادات (٤٦٤/٢) .
(٤) انظر: المغني (٣٥٢/٨)، الشرح الكبير (٤٦٢/٥)، كشاف القناع (١٤٤/٦) .
(٥) انظر: كشاف القناع (٩٧/٦) .
(٦) انظر: الهداية (١٠٥/٢)، المقنع (٥٠٠/٣)، المحرر (١٥٩/٢٠-١٦٠)، الإقناع (٢٨٦/٤) .
(٧) انظر: الكافي (١٩٣/٤) .

ولو غصب حرزاً فأحرز فيه متاعه، فسرقت مالك الحرز منه نصاباً من مال الغاصب، لم يقطع^(١).

والفرق: أن الحرز المستعار حرز له حرمة، فقطع بالسرقة منه^(٢)، كما لو كان الحرز ملكاً للمستعير.

بخلاف الحرز المغصوب، لأنه لا حرمة له، بدليل: أنه لو سرق منه غير مالكة المغصوب منه، لم يقطع، فصار كلاً حرز. فلم يجب القطع بالسرقة منه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الجهاد

فصل

٦٥٧ - يجوز للغنمين ذبح الحيوان من الغنيمة وأكل لحمه.

ولا ينتفعون بجلده، بل يردونه في المغنم.

والفرق: أن اللحم طعام، فجاز لهم أكله من الغنيمة، كغيره من الأطعمة.

بخلاف الجلود، فإن الحاجة لا تدعو إليه، فلم يجز الانتفاع بها^(٣).

فصل

٦٥٨ - إذا كان مع المجاهدين جوارح للصيد، لم يجز إطعامها من الغنيمة^(٤) بخلاف علف الدواب^(٥).

والفرق: أن العلف تدعو إليه الحاجة لدفع العدو، كأكل المجاهدين^(٦)، بخلاف الجوارح، فإنه لا حاجة إليها^(٧).

(١) انظر: الهداية (١٠٥/٢)، المقنع (٤٩٦/٣)، المحرر (١٥٩/٢)، متبى الإرادات (٤٨٧/٢).

(٢) انظر: الكافي (١٨٢/٤)، الشرح الكبير (٤٦١/٥-٤٦٢)، كشف القناع (١٤٤-١٤٣/٦).

(٣) انظر: المغني (٤٥٢/٨)، الشرح الكبير (٥٠٩/٥)، كشف القناع (٤٨/٢-٤٩)، المبدع (٣٠)، (٣٥٠)، الإنصاف (١٥٣/٤).

(٤) انظر: الكافي (٣٨٤/٤)، المحرر (١٧٧/٢)، الإنصاف (١٥٣/٤)، الإقناع (٢٠/٤).

(٥) انظر: المغني (٤٣٨/٨)، الشرح الكبير (٥٤٦/٥)، المبدع (٣٥٠/٣).

(٦) انظر: المبدع (٣٥٠/٣)، كشف القناع (٧٤/٣)، مطالب أولي النهى (٥٤٣/٢).

(٧) انظر: الكافي (٢٨٧-٢٨٨)، الشرح الكبير (٥٤٩/٥)، المبدع (٣٥٣-٣٥٣/٣)، كشف القناع (٧٦-٧٥/٣).

فصل

٦٥٩ - يجوز [لأحد] المجاهدين القتال بما في الغنيمة من سلاح .
ولا يجوز له المقاتلة على فرس الغنيمة ، لأنها تعطب بالقتال .
بخلاف السلاح .

فصل

٦٦٠ - لا يجوز أن يقتصر في تفرقة الخمس على أحد أصنافه .
بخلاف الزكاة .
والفرق : أن الخمس أعم ، بدليل : جواز تفرقه في غير جهة مغزاة ، وإن كان بينهما فرق مسافة القصر .
بخلاف الزكاة ، فافتراقاً^(١) .

فصل

٦٦١ - إذا قال الإمام : من دلنا على بلد كذا فله الجارية الفلانية التي فيه ،
فدلهم إنسان وفتح عنوة ، وقد أسلمت الجارية فله قيمتها .
ولو هلك لم يستحق شيئاً .
والفرق : أن حقه تعلق بعين الجارية فسقط بتلفها ، كما يسقط حق المجني عليه
إذا تلف العبد الجاني .
بخلاف ما إذا أسلمت ، فإن عينها باقية وإنما تعذر تسليمها ، فلم يسقط حقه
منها بإسلامها ، واستحق قيمتها ، كما لو أعتق السيد عبده الجاني ، فإنه لا يسقط حق
المجني عليه ، كذا هنا^(٢) .

فصل

٦٦٢ - إذا دخل حربي^(٣) بأمان دار الإسلام^(٤) فمات ، ورثه ورثته .
ولو مات ذمي بها^(٥) لم يرثه وارثه بها من دار الحرب^(٦) .

-
- (١) انظر : المغني (٢/٦٦٩) ، الشرح الكبير (١/٧٢١) ، المبدع (٢/٤٢٩) .
(٢) المغني (٨/٣٨٣ - ٣٨٤) ، الشرح الكبير (٥/٥٢٩) ، المبدع (٣/٣٤٠) ، كشف القناع (٣/٦٧) .
(٣) انظر : المصباح المنير (١/١٢٧) .
(٤) انظر : أحكام أهل الذمة (١/٣٦٦) .
(٥) المبدع (٣/٤٠٤) ، كشف القناع (٣/١١٦) .
(٦) المبدع (٣/٣١٣) ، الإمتاع (٢/٧) .

والفرق: أن الذمي من أهل دارنا تجري عليه أحكامنا، فالموالاة بينه وبين الحربين منقطعة.

بخلاف المستأمن^(١)، فإنه لا تجري عليه أحكامنا.

فصل

٦٦٣ - إذا أعتق مسلم عبداً ذمياً فله حق بدار الحرب، ثم سبي، لم يسترق^(٢).
ولو كان المعتق ذمياً، استرق^(٣).

والفرق: أن في جواز استرقاقه إبطال حق معتقه من الولاء، والمسلم لا يجوز طرؤ الرق عليه، فلم يجز طرؤ الإبطال على ماله من الولاء^(٤).

بخلاف الذمي، فإنه يصح أن يطرأ عليه الرق، فجاز أن يطرأ الإبطال/ على ولائه^(٥). [١/٧١]

فصل

٦٦٤ - إذا غزا على فرس غصبه أسهم له، وكان لمالكه.
ولو استأجر أو استعار فرساً أسهم له، وكان لمستأجره ومستعيره، دون مالكه.
والفرق: أن منفعة المغصوب لمالكه، فلذلك استحق ما في مقابلتها.
بخلاف المستعار والمستأجر، فإن منافعهما للغازي، دون المالك^(٦).

فصل

٦٦٥ - إذا أخذ حربي أمة مسلم وأولدها، ثم غنمها المسلمون، فجميعهم غنيمة، ولسيدها أخذها بغير عوض قبل القسمة^(٧).
ولو أسلم الحربي قبل استيلائها لم يكن لسيدها أخذها بحال، ولا للمسلمين أن يغنموا أولادها^(٨).

(١) انظر: المصباح المنير (١/٢٥).

(٢) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧)، الإنصاف (٤/١٣٢)، الإمتاع (٤/١٢).

(٣) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧)، الإنصاف (٤/١٣٢)، الإمتاع (٤/١٢).

(٤) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧).

(٥) انظر: المغني (٨/٣٧٥)، الشرح الكبير (٥/٥١٧).

(٦) انظر: المغني (٨/٤١٧-٤١٨)، الشرح الكبير (٥/٥٦٦، ٥٧١)، المبدع (٣/٣٦٩)، كشف القناع (٣/٨٩).

(٧) انظر: الكافي (٤/٣١٢)، الشرح الكبير (٥/٥٥٣)، المحرر (٢/١٧٤)، الإقناع (٤/٢٣).

(٨) انظر: المغني (٨/٤٣٤)، الشرح الكبير (٥/٥٥٣).

والفرق: أن المسلمين حازوها في الأولى وهي أمة لحربي، وأولادها أولاد حربي، فكانوا غنيمة كأولاده من زوجته، ولسيدها أخذها قبل القسمة مجاناً^(١)، لما نذكره إن شاء الله تعالى.

بخلاف الثانية، فإنه بإسلامه استقر ملكه عليها، فلم تنتزع منه، نص عليه، وأولاده مسلمون أحرار، فلا يملكون بالقهر كغيرهم من المسلمين.

فصل

٦٦٦ - إذا حاصر الإمام حصناً فنزلوا على حكم إنسان فحكم بقتلهم، وسبى ذراريهم، فللإمام أن يمن عليهم بترك ذلك^(٢).

ولو أراد أن يمن على سبي الغنيمة لم يجز^(٣).

والفرق: أن الغنيمة استقر ملك الغانمين عليها^(٤).

بخلاف من حكم الحاكم عليه بذلك، فإنه لا يستقر ملك الجيش عليهم، فافترقا.

فصل

٦٦٧ - يكره بيع أرض العشر^(٥) من أهل الذمة.

ولا يكره من بني تغلب^{(٦)(٧)}.

والفرق: أنه لا زكاة على الذمي، فتملكه إياها يفضي إلى إسقاط الزكاة^(٨).

بخلاف التغلبيين، فإنهم تؤخذ منهم الزكاة^(٩).

فصل

٦٦٨ - يجوز إسقاط الخراج عن من وجب عليه^(١٠).

(١) انظر: المغني (٤٣٤/٨)، الشرح الكبير (٥٥٣/٥).

(٢) انظر: الكافي (٢٧٥/٤)، المحرر (١٧٣/٢)، الشرح الكبير (٥٢٤/٥)، الإقناع (١٢/٢).

(٣) انظر: الكافي (٢٧٦/٤)، المغني (٣٧٤/٨)، الشرح الكبير (٥٢٤/٥).

(٤) انظر: الكافي (٢٧٦/٤)، المغني (٣٧٤/٨)، الشرح الكبير (٥٢٤/٥).

(٥) انظر: المبدا (٣٥١)، الإنصاف (١١٦/٣).

(٦) انظر: المغني (٥١٣/٨)، أحكام أهل الذمة (٧٥/١).

(٧) انظر: المحرر (١٨٥/٢)، الإنصاف (١١٤/٣)، الإقناع (٢٦٥/١).

(٨) انظر: الكافي (٣٠٨/١)، المغني (٧٢٩/٢)، كشف القناع (٢٢٠/٢).

(٩) انظر: كشف القناع (٢٢٠/٢)، مطالب أولي النهى (٧٣/٢).

(١٠) انظر: الهداية (١٢٢/١)، الكافي (٣٢٥/٤)، المحرر (١٨٠/٢)، الإقناع (٣٤/٢).

ولا يجوز ذلك في الزكاة.
والفرق: أنها عبادة فلا يجوز إسقاطها، كغيرها من العبادات.
والخراج أجره، فصح إسقاطه.

فصل

٦٦٩ - إذا سألت حربية دخول دارنا وإجراء أحكامنا عليها، وتصير ذمية بغير جزية جاز. فإذا عقد، مُنع سبيها واسترقاقها.
فإن بذلت الجزية، وقالت: أختار أداءها قبلت منها وكانت هبة باسم الجزية، تلزم بالقبض، لا بالبذل، فإن منعها لم تجبر^(١).
ولو بذل الفقير المحترف عقد الذمة، وتكون جزيته أكثر من اثني عشر درهماً لزم العقد^(٢).
والفرق: أن الرجل من أهل الجزية، فإذا عقد الذمة لزمه ما تناوله العقد وإن لم يجب قبله، كمن اشترى ما يساوي مائة بألف، فإنه يلزمه بالعقد، وإن كان غير واجب قبله.
بخلاف المرأة، فإنها ليست من أهل الجزية، فلم يلزمها البذل، كما لو بذلها الطفل.

فصل

٦٧٠ - ولو أخذ الإمام الجزية من المرأة، وكانت معتقدة أنها تجب عليها/ [٣/ب]
وجب ردها.
بخلاف ما إذا لم تعتقد ذلك^(٣).
والفرق: أنها إذا لم تعتقد وجوبها كانت هبة تلزم بالقبض.
وأما إذا اعتقدته فلا وجه لأخذها، لأنها ليست جزية، لعدم وجوبها على المرأة، ولا هبة، لأنها لم تنوها ذلك، فوجب ردها عليها.

(١) انظر: الأحكام السلطانية ص ١٥٤، المغني (٥٠٧/٨)، أحكام أهل الذمة (٤٥/١)، الإمتاع (٢/٤٤).

(٢) الكافي (٣٤٨/٤)، الإنصاف (٢٢٧/٤)، الإمتاع (٤٤/٢).

(٣) انظر: المغني (٥٠٧/٨)، الشرح الكبير (٦١٠/٥)، أحكام أهل الذمة (٤٥/١)، كشف القناع (١٢١/٣).

فصل

٦٧١ - إذا اتجرت ذمية أو حربية إلى دار الإسلام، لم يؤخذ منها العشر.
[ولو كان مكانها رجل من أهل الجزية، أخذ منه العشر من تجارته^(١).
والفرق بينهما: أن المرأة تقرر في دار الإسلام بغير جزية، فلذلك لم يؤخذ منها العشر] بخلاف الرجل.

قلت: هكذا ذكر السامري هذا الفصل، وفيه نظر من وجهين:
أحدهما: أنه أطلق القول: بأن المرأة لا شيء عليها، والصحيح أن المذهب:
أنه لا فرق بين الرجل والمرأة في ذلك.
وقال القاضي: إن اتجرت إلى الحجاز أخذ منها، دون غيره.
وقد فرق المصنف به بينها وبين الرجل في الفصل الآتي، لكن إطلاقه في هذا الفصل تسامح.

الثاني: أنه جعل على تجر^(٢) الذمي وهو من أهل الجزية العشر، وهو خطأ،
لأن الذمي لا يجب عليه أكثر من نصف العشر، وأما الذي يؤخذ منه العشر فهو
الحربي، وهو من غير أهل الجزية.

فصل

٦٧٢ - إذا اتجرت الذمية أو الحربية إلى الحجاز أخذ منهما العشر من
تجارتهما.

بخلاف ما لو اتجرا إلى غير الحجاز من دار الإسلام^(٣).
والفرق: أنها ممنوعة من المقام في الحجاز كالرجل، فأخذ منها العشر.
بخلاف غيره، فإنها لا تمنع من المقام به، فافتقرا^(٤).
قلت: وقد نبهنا على الخلل في إطلاقه القول بوجوب العشر فيما تقدم.

فصل

٦٧٣ - الجزية عوض عن حقن دمائهم وسكناهم دارنا. فهي كالإجارة، غير أن
الإجارة يجوز استعجال عوضها.

(١) انظر: المغني (٥٢٢/٨)، المحرر (١٨٦/٢-١٨٧)، الإنصاف (٢٤٣/٤-٢٤٥)، الإمتاع (٥٢).

(٢) انظر: الدر النقي (٦٥٨/٢).

(٣) انظر: الهداية (١٨٤/١)، المقنع (٢١٩/٢)، المحرر (٣٥٧/١)، الإمتاع (٣١٨/٢).

(٤) انظر: الهداية (١٢٥/١)، الكافي (٣٥٣/٤)، المحرر (١٨٣/٢)، منتهى الإرادات (٣٣١/١).

ولا يجوز أخذ الجزية حتى تمضي سنة.

والفرق: أن المنفعة في الإجارة تتعجل للعائد بإجارة وإعارة، لأنه إذا تسلم العين ملك ذلك فيها.

بخلاف العوض في الجزية، فإنه لا يتعجل للذمي، بل يستوفيه يوماً فيوماً، ولا يملك نقله إلى غيره، فصار كالمضاربة لما كانت منفعة العامل لا تتعجل لرب المال، لم يجز أن يتعجل العوض.

فصل

٦٧٤ - إذا خيف من المستأمن خيانة نبذ إليه عهده، ورد إلى مأمته^(١).

ولو خيف من الذمي، لم ينتقض عهده^(٢).

والفرق: أن الأول لم يلتزم إجراء أحكامنا عليه، فجاز ذلك، لتعاقبه على خيانه.

بخلاف الذمي، فإنه التزم ذلك، فإذا خان فعل به ما يقتضيه حكم الشرع.

فصل

٦٧٥ - وكذا إن هادن قوماً وخاف خيانتهم.

بخلاف الذمي^(٣).

والفرق: أن عقد الذمة حق للذمي، فلم يجز نقضه.

بخلاف عقد الهدنة، فإنه حق للإمام، فجاز له نقضه لخوف الخيانة^(٤).

فصل

[١/٧٧]

٦٧٦ - إذا دخل حربي إلينا بأمان مدة فانقضت، واختار المقام، وامتنع من الجزية، فهو على أمانه حتى يبلغ مأمته^(٥).

[ولو فعل الذمي ما يوجب نقض عهده، فالإمام مخير فيه: بين القتل،

(١) انظر: المغني (٤٦٣/٨)، الإمتاع (٤٠/٢).

(٢) انظر: الكافي (٣٤٥/٤)، الشرح الكبير (٦٠٣/٥)، المبدع (٤٠٣/٣)، الإمتاع (٤٢/٢).

(٣) انظر: الكافي (٣٤٥/٤)، الشرح الكبير (٦٠٣/٥)، المبدع (٤٠٢/٣-٤٠٣)، الإمتاع (٤٢/٢).

(٤) الكافي (٣٤٥/٤)، الشرح الكبير (٦٠٣/٥).

(٥) انظر: الإمتاع (٤٠/٢)، غاية المنتهى (٤٩٣/١).

والاسترقاق^(١)، ولا يرد إلى مأمنه].

والفرق: أن الذمي إذا انتقض عهده عاد كما كان، فكأنه وجد لص في دار الإسلام من دار الحرب، فلا أمان له^(٢).

بخلاف المستأمن فهو إنما دخل إلينا بأمان، وهو غير مفرط بانقضائه مدته، فوجب رده إلى مأمنه وفاء بالأمان^(٣)، فافترقا.

فصل

٦٧٧ - قلت: إذا نقض الذمي عهده بسبب النبي ﷺ تعين قتله^(٤).

وإن نقضه بغيره خيّر الإمام فيه، كالأسير، عند القاضي.

والفرق: ما روى علي رضي الله عنه: أن يهودية كانت تشتم النبي ﷺ، وتقع فيه، فخنقها رجل حتى ماتت، فأبطل النبي ﷺ دمها. رواه أبو داود^(٥).

وما روى ابن عباس: أن أعمى كانت له أم ولد تشتم النبي ﷺ فينهاها، فلا تنتهي، فلما كان ذات ليلة جعلت تقع في النبي ﷺ وتشتمه، فأخذ المغول^(٦) فوضعه في بطنها، واتكأ عليها فقتلها، فأهدر النبي ﷺ دمها. رواه أبو داود وغيره.

واحتج إمامنا رضي الله عنه على ذلك. في رواية ابنه عبد الله بخلاف غيره من النواقض، فإنه لم يرد فيه مثل ذلك، فبقي كمن لم يعقد له عقد من الأسرى، فيخير الإمام فيه.

فصل

٦٧٨ - إذا غلب الكفار على أموال المسلمين فأخذوها، ثم غلبهم المسلمون فأخذوها منهم قهراً قبل إسلامهم، فمن وجد عين ماله قبل القسمة أخذه مجاناً، وبعدها بالقيمة. في إحدى الروايتين^(٧).

والفرق: أن عين ماله أخذ منه بالقهر والتعدي، فإذا استنقذ من الظالم وجب

(١) انظر: المغني (٥٣٦/٨)، الفروع وتصحيحه (٢٨٦/٦-٢٨٧)، الإمتاع (٥٥/٢).

(٢) انظر: الكافي (٣٧٢/٤)، المغني (٥٣٦/٨)، الشرح الكبير (٦٣٥/٥).

(٣) انظر: كشاف القناع (١١١/٣)، مطالب أولي النهى (٥٨٣/٢).

(٤) انظر: المحرر (١٨٨/٢)، الشرح الكبير (٦٣٥/٥)، الإنصاف (٢٥٧/٤)، الإمتاع (٥٥/٢).

(٥) (ج) منقطع: أخرجه الضياء في المختارة (١٦٩/٢) - ح (٥٤٧)، والبيهقي في الكبرى (٦٠/٧) - ح (٥٤/٥٤)، وأبو داود (١٢٩/٤) - ح (٤٣٦٢).

(٦) انظر: النهاية في غريب الحديث (٣٩٧/٣)، لسان العرب (٥١٠/١١).

(٧) انظر: الكافي (٣١٠/٤)، الإنصاف (١٥٧/٤)، كشاف القناع (٧٨/٣).

رده إلى ماله مجاناً، كما لو استولى عليه مسلم. هذا إذا لم يقسم.
أما إذا قسم فإننا لو قلنا: يأخذه ربه مجاناً لأضررنا بمن وقع في حصته، وفوتنا عليه حقه، وذلك لا يجوز، فأوجبنا عليه القيمة ليصل إلى حقه، وتسلم العين لمالكها^(١).

قلت: وأصل هذا أن الكفار يملكون مال المسلمين بالاستيلاء والقهر، فإذا استولى المسلمون عليهم ملكوا ما استولوا عليه عنهم، لا عن المسلم الذي قهره الكفار واستولوا على ماله، فقبل القسمة لا يتأكد حق الغانمين فيه، لاحتمال أن يمنّ الإمام ويرد عليهم أموالهم، فيأخذه ماله إذا مجاناً.

[٣٧ب] وبعد القسمة يؤمن ذلك ويتعين/ حق كل منهم في نصيبه، فليس لمالكه الأول أخذه إلا بقيمته.

وملك الكفار بالاستيلاء هو الصحيح من المذهب^(٢). وقد نص أبو الخطاب في الانتصار^(٣): أن الكفار لا يملكون مال مسلم بالقهر، وأنه يأخذه بغير شيء حتى مقسوماً، ومن العدو إذا أسلم^(٤).

قال أبو البركات^(٥): وهذا مخالف لنصوص الإمام أحمد رضي الله عنه.

ونص شيخ الإسلام أبو العباس بن تيمية رضي الله عنه في بعض كتبه: أن الكفار يملكون بالقهر، وذكر قول النبي ﷺ يوم فتح مكة حين قيل له: أين تنزل غداً: «وהל ترك لنا عقيل من دار»، على أنهم استولوا على ملك النبي ﷺ بعد هجرته. وهذا حسن مع غرابته. والله أعلم.

فصل

٦٧٩ - إذا أسلم حربي وفي يده شيء مما غنمه من مال المسلمين، لم يكن لربه المسلم أخذه^(٦).

ولو اشتراه مسلم من أهل الحرب، أخذه ماله منه بثمنه^(٧).

(١) انظر: المغني (٤٣١/٨)، الشرح الكبير (٥٥٠/٥)، المبدع (٣/٢٥٥)، كشاف القناع (٧٨/٣).

(٢) انظر: الشرح الكبير (٥٥٢/٥)، المحرر (١٧٣/٢)، الفروع (٦/٢٢٣)، الإنصاف (٤/١٥٩)، منتهى الإرادات (١/٣١٤).

(٣) انظر: المحرر (٢/١٧٤)، الإنصاف (٤/١٦٠).

(٤) الهداية (١١٩/١).

(٥) في المحرر (٢/١٧٤).

(٦) انظر: الكافي (٤/٣١٢)، المحرر (٢/١٧٤)، الشرح الكبير (٥/٥٥٣)، الإمتاع (٢/٢٣).

(٧) انظر: المحرر (٢/١٧٤)، الشرح الكبير (٥/٥٥١)، الإمتاع (٢/٢٣).

والفرق: أن الحربي لم يلتزم نصرته المسلمين ولا الذب عنهم وعن أموالهم، فلم يلزمه أخذه ونقله إلى دار الإسلام، فهو كما لو كان في دار الحرب. بخلاف المسلم، فإنه ملتزم ذلك، فالظاهر أنه استنقذه لمالكه، فلزمه دفعه إليه بضمنه لذلك.

فصل

٦٨٠ - لا يسهم للعبد وإن قاتل بإذن مولاه^(١).
ويسهم للحر^(٢).

والفرق: أن خدمة العبد لمولاه، فعمله واقع له، فكأن المولى قاتل بنفسه زيادة قتال، وذلك لا يوجب زيادة في سهمه. بخلاف الحر، فإن عمله يقع له^(٣).

فصل

٦٨١ - لا يشترط أن يكون بناء الذمي مغائراً لبناء أهل البلد في القصر، بل لجيرانه^(٤).

ويشترط مغايرة لباسه للباس جميع المسلمين بالغيار المشروع^(٥).
والفرق: أن البناء لازم مكاناً واحداً، فيشترط مغايرة المسلمين الساكنين إلى جانبه.

بخلاف اللباس، فإنه يحتاج أن يباين ثياب المسلمين، لأنه يتصرف في البلد مع أهله فاحتاج إلى ذلك، لتمييز عن المسلمين، والله أعلم.

كتاب الصيد والذبائح

فصل

٦٨٢ - إذا أكل الكلب أو الفهد من الصيد حرم

(١) انظر: الهداية (١/١١٨)، الكافي (٤/٣٠٠)، المحرر (٢/١٧٦)، الفروع (٦/٢٣٠).

(٢) انظر: الهداية (١/١١٨)، الكافي (٤/٢٩٧)، المحرر (٢/١٧٩)، الإمتاع (٢/٢٨).

(٣) انظر: المغني (٨/٤١١)، الشرح الكبير (٥/٥٦٤).

(٤) انظر: الكافي (٤/٣٥٨)، المحرر (٢/١٨٦)، الشرح الكبير (٢/٦٢٢)، أحكام أهل الذمة (٢/٧٠٥).

(٥) انظر: الهداية (١/١٢٦)، الكافي (٤/٣٥٨)، المحرر (٢/١٨٥)، الإمتاع (٢/٤٧).

ولو أكل الصقر أو البازي^(١) لم يحرم^(٢).
والفرق: أن جراح الطير يعلم بالأكل، فلم يحرم.
والسباع تعلم بترك الأكل، فحرم ما أكل منه^(٣).

فصل

٦٨٣ - إذا سمى على سهم أو إرسال جراح إلى صيد، فأصاب غيره فقتله،
أبيح أكله^(٤).
ولو أضجع شاة ليذبجها فسمى، ثم بدا له ذبح غيرها، لم تجزئه التسمية
الأولى^(٥).

والفرق: أن التسمية على الثانية ممكنة.
بخلاف التسمية على الصيد، فإن تعيين الصيد بالتسمية غير ممكن، وما تعذر
سقط في الصيد، كقطع الحلقوم.

فصل

٦٨٤ - إذا رمى طائراً فجرحه وسقط ميتاً، حل^(٦).
[١/٧٨] وإن وقع في ماء أو على شجرة ثم تردى/ على الأرض، ولم تدرك تذكيته، ولم
تكن جراحته موحية^(٧)، لم يحل^(٨).
والفرق: أن سقوطه على الأرض من موجب الرمية لأنه يستحيل بقاءه في
الهواء ميتاً، فهو كما لو كان على الأرض ومات بالسهم.
بخلاف الثانية، فإن وقوعه في الماء ونحوه ليس من موجب الرمية، فيحتمل أن
التلف به، فقد حصل مبيح ومحرم فحرم، كما لو شارك فيه مجوسي.

-
- (١) انظر: القاموس المحيط (٣٠٣/٤)، المعجم الوسيط (٥٥/١).
(٢) انظر: الهداية (١١٢/٢)، المقنع (٥٥٢/٣)، المحرر (١٩٤/٢)، منتهى الإرادات (٥٢٤/٢).
(٣) انظر: المغني (٥٤٦/٨)، الشرح الكبير (١٤/٦)، المبدع (٢٤٤/٩)، كشف القناع (٢٢٤/٦).
(٤) انظر: الهداية (١١٣/٢)، المغني (٥٥٢/٨)، الشروع (٣٢٩/٦)، الإمتاع (٣٢٩/٤).
(٥) انظر: الكافي (٤٧٩/١)، الشرح الكبير (١٨/٦)، الفروع (٣١٧/٦)، الإمتاع (٣١٩/٤).
(٦) انظر: المقنع (٥٤٩/٣)، المحرر (١٩٣/٢)، الإمتاع (٣٢٥/٤)، منتهى الإرادات (٥٢١/٢).
(٧) انظر: المصباح المنير (٦٥٢/٢).
(٨) انظر: المغني (٥٥٥/٨)، المحرر (١٩٣/٢)، الإنصاف (٤٢٣/١٠)، منتهى الإرادات (٢/٢).
(٥٢١).

فصل

٦٨٥ - إذا نسي التسمية على الذبيحة، حلّ أكلها^(١).

ولو سمي على الذبيحة ثم ذبح أخرى، ولم يسم ظناً منه إجزاء الأولى، لم يحل^(٢).

والفرق: أن الظن يخالف النسيان، بدليل: صحة صوم الآكل ناسياً، دون الآكل جاهلاً.

قلت: قد صح أبو الخطاب^(٣): صوم الآكل جاهلاً، والله أعلم.

فصل

٦٨٦ - إذا أرسل كلبه ولم يسم، ثم صاح وسمى، فزاد عدوه، ثم قتل صيداً، لم يحل^(٤).

ولو استرسل الكلب بنفسه، فصاح به وسمى، فزاد عدوه بصياحه، ثم قتل صيداً، حل^(٥).

والفرق: أن الحظر تعلق بالإرسال في الأولى فلا يزول بما بعده، كما لو زجره بعد إنشابه مخالفه.

بخلاف الثانية، فإن استرساله لا يتعلق به حكم، فصياحه إرسال، فأبيح^(٦).

فصل

٦٨٧ - إذا سمي بغير العربية من يحسنها، أجزأه^(٧).

ولو أحرّم بالتكبير بغير العربية من يحسنها، لم يجزئه^(٨).

والفرق: أن المقصود في الأولى ذكر الله عز وجل، ليقع الفرق بين ما أهل

(١) انظر: الهداية (١١٤/٢)، الكافي (٤٧٩/١)، الإمتاع (٣١٩/٤)، الروض المربع (٣٥٨/٢).

(٢) انظر: المغني (٥٦٥/٨)، الشرح الكبير (٢٩/٦)، كشف القناع (٢٠٩/٦)، مطالب أولي النهى (٣٣٤/٦).

(٣) الهداية (٨٣/١).

(٤) المغني (٥٤٢/٨)، الشرح الكبير (١٥/٦)، المبدع (٢٤٦/٩)، كشف القناع (٢٢٤/٦).

(٥) انظر: الهداية (١١٣/٢)، المقنع (٥٥٤/٣)، المحرر (١٩٤/٢)، الإرادات (٥٢٤/٢).

(٦) انظر: المغني (٥٤٢/٨)، الشرح الكبير (١٥/٦)، المبدع (٢٤٦/٩).

(٧) الكافي (٤٧٩/١)، المحرر (١٩٦/٢)، منتهى الإرادات (٥١٥/٢).

(٨) الهداية (٣٢/١)، الكافي (١٢٧/١)، المحرر (٥٣/١)، الإرادات (٧٦/١).

به الله، وبين ما أهل به لغير الله، وهذا حاصل بكل اللغات.

بخلاف تكبير الصلاة، فإن المقصود لفظه، فلم يصح بغيره^(١).

فصل

٦٨٨ - إذا قطع عضواً من صيد البر وأفلت، لم يباح أكل العضو.

ولو كان من صيد البحر، أبيع^(٢).

والفرق: أن البائن من البري ميتة، بدليل قوله ﷺ: «ما أبين من حيي كميته»^(٣).

والبائن من البحري حلال، بدليل قوله ﷺ في البحر: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته»^(٤)، وقوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان - فذكر - الجراد والسماك - منهما» رواه الإمام أحمد^(٥)، فلهذا لم يحرم ما أبين منه.

(١) المغني (٥٤١/٨)، الشرح الكبير (٢٧/٦)، المبدع (٢٢٣/٩)، كشف القناع (٢٠٨/٦).

(٢) الهداية (١١٣/٢)، المقنع (٥٥٠/٣)، المحرر (١٩٤/٢)، الفروع (٣٢٧/٦)، الإردادات (٢/٥٢٣).

(٣) (ح) هكذا عزاه الحافظ ابن حجر للحاكم، والمرسل أصح، ويلفظ: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتته» أخرجه: ابن الجارود في المنتقى (٢٢١/١) - ح (٨٧٦)، والحاكم في مستدركه (٤/١٣٧) - ح (٧١٥٠)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. والترمذي (٧٤/٤) - ح (١٤٨٠)، والبيهقي في الكبرى (٢٣/١) - ح (٧٨)، والدارقطني في سننه (٢٩٢/٤) برقم (٨٣)، وأبو داود (١١١/٣) - ح (٢٨٥٨)، وابن ماجه (١٠٧٢/٢) - ح (٣٢١٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤/٤٩٤) - ح (٨٦١١)، والطبراني في الأوسط (٢٦٤/٣) - ح (٣٠٩٩)، والإمام أحمد في مسنده (٢١٨/٥) - ح (٢١٩٥٣)، وأبو يعلى في مسنده (٣٦/٣) - ح (١٤٥٠)، وابن الجعد في مسنده (٤٣٤/١)، والطبراني في الكبير (٥٧/٢) - ح (١٢٧٧). وانظر: التلخيص الحبير (٢٩/١)، نصب الرأية (٣١٧/٤).

(٤) (ح) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٩/٤) - ح (١٢٤٣)، والحاكم في مستدركه (٢٣٧/١) - ح (٤٩١)، والترمذي (١٠٠-١٠١) - ح (٦٩) وقال: حديث حسن صحيح، وهو قول أكثر الفقهاء. والبيهقي في الكبرى (٣/١) (١)، والدارقطني في سننه (٣٤/١) برقم (٤)، والشافعي في مسنده (٧/١)، وأبو داود (٢١/١) - ح (٨٣)، والنسائي في الكبرى (٧٥/١) - ح (٥٨)، وابن ماجه (١٣٦/١) - ح (٣٨٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (٥٠٤/٤) - ح (٨٦٥٧)، والإمام أحمد في مسنده (٣٦١/٢) - ح (٨٧٢٠).

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٥٤/١) - ح (١١٢٨)، والإمام الشافعي في مسنده (٣٤٠/١)، وابن ماجه (١٠٧٣/٢) - ح (٣٢١٨)، والإمام أحمد في مسنده (٩٧/٢) - ح (٥٧٢٣)، وعبد بن حميد في مسنده (٢٦٠/١) - ح (٨٢٠)، وابن عدي في الكامل (١٨٦/٤)، وابن الجوزي في التحقيق (٣٦١/٢) - ح (١٩٤١) بتحقيقنا، وانظر: التلخيص الحبير (٢٥-٢٦)، نصب الرأية للزيلعي (٢٠١-٢٠٣/٤).

فصل

٦٨٩ - إذا رمى صيداً فعقره ولم يثبته، ثم رماه آخر فقتله، أبيح.
ولو أثبتته ثم قتله آخر لم يبيح، فيضمنه مجروحاً على من قتله^(١).
والفرق: أنه إذا لم يثبتته الأول بقي على امتناعه ويباح صيده، كما لو لم يصب، فلذلك أبيح بقتل الثاني.
بخلاف الثانية، فإنه بإثباته ملكه، فإذا قتله برمييه لم يحل أكله، واستحق مثبته قيمته مجروحاً، كما لو قتل غير الصيد من ماله، فإنه يضمن قيمته، فكذا هنا.

فصل

٦٩٠ - إذا رمى رجلان صيداً فأصاباه ومات، فادعى كل منهما السبق بالرمي وإثباته، لم يحل.
ولو ادعى أحدهما أنه سبق فأثبتته، وقال الآخر: بل كان ممتنعاً بعد إصابتك [٧٨/ب] فرميته، فقتله، حل.
والفرق: أنهما في الأولى اتفقا على تحريمه، حيث ادعى كل واحد منهما إثباته، ورمى صاحبه له في غير مذبحه، فقتله مع إمكان تذكينه في محلها، فلهذا لم يحل.
بخلاف الثانية، فإن أحدهما مدعي الإصابة، وإثبات الصيد بذلك، وأنكر الآخر وادعى امتناعه بعد الرمي، فكان القول قول الثاني، لأن الأصل امتناع الصيد، وكان القول قول مدعيه، فافترقا^(٢).

كتاب الأيمان

فصل

٦٩١ - إذا حلف بالله تعالى على شيء، فقال له آخر: أنا على مثل ذلك وما أشبه هذا، يريد التزام مثل يمينه، لم تنعقد.
ولو كانت اليمين طلاقاً أو عتاقاً، انعقدت^(٣).

(١) انظر: الكافي (٤٨٧/١)، المحرر (١٩٥/٢)، الإمتاع (٣٢٢/٤)، الإرادات (٥٢٠/٢).

(٢) المغني (٥٦٢/٨)، الشرح الكبير (٥/٦)، كشف القناع (٢١٥/٦)، مطالب أولي النهى (٦/٣٤٤).

(٣) الكافي (٣٨٣/٤)، المحرر (١٩٨/٢)، غاية المتهى (٣٧٣/٣).

والفرق: أن الأولى كناية عن اليمين، واليمين بالله لا تنعقد بالكنايات، لأنها تنعقد بلفظ له حرمة [ولم يوجد، فلم تنعقد].
 بخلاف الثانية، لأن الطلاق والعتاق ينعقدان بالكنايات مع النية^(١).

فصل

٦٩٢ - إذا قال رجل عليّ عتق رقبة إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عليّ مثل يمينك إن دخلتها، لزم الثاني مثل ما لزم الأول.
 ولو قال: عبدي حر إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عليّ مثله إن دخلتها، فدخلها الثاني.
 قال السامري: لا أعرف فيه رواية، وقياس المذهب عندي: أنه لا يعتق عبد الثاني.

والفرق: أنه في الأولى أوجب في ذمته عتق عبد غير معين، والعتق مما يلزم بالنذر، والثاني أوجب مثل ما أوجبه الأول فلزمه].
 بخلاف الثانية، لأن الأول أعتق عبده عند دخولها، ولم يوجب عتقاً في ذمته، وكذلك لو اشترى عبداً غير ذلك فأعتقه لم يبر، ولو قلنا: يلزم الثاني ليبر: أن يشتري عبداً ويعتقه لم يكن الثاني مثل الأول، فلهذا لم يلزمه شيء.
 قلت: قال الوالد: هذه المسألة نقلها السامري من فروق الكرابيسي الحنفي ومن أصلهم: صحة نذر اللجاج والغضب^(٢)، ولزومه عند وجود شرطه.
 ومذهبنا خلاف ذلك، وهو أنه مخير عند وجود الشرط: بين فعل ما نذره، وبين كفارة يمين^(٣)، فلا يستقيم ما ذكره على أصولنا.

فصل

٦٩٣ - إذا حلف بطلاق أو عتاق، فقال له آخر: يميني في يمينك ونحوه، انعقد.

وإن لم يكن الأول قد حلف، فنوى الثاني ما سيحلف به، لم ينعقد.
والفرق: أنه إذا حلف الأول فقد وجد ما يكتفي عنه الثاني.

(١) الكافي (٤/٣٨٣)، الشرح الكبير (٦/٨٨)، المبدع (٩/٢٧٦)، شرح منتهى الإرادات (٣/٤٢٧).

(٢) انظر: المبدع (٩/٣٢٦)، منتهى الإرادات (٢/٥٦٢).

(٣) انظر: الكافي (٤/٤١٧)، المحرر (٢/١٩٩)، منتهى الإرادات (٢/٥٦٢).

بخلاف ما إذا لم يكن قد حلف الأول، فإنه لم يجد ما يكتفي عنه الثاني، فافترقا .

فصل

٦٩٤ - إذا حلف : ليخرجن من هذه الدار، لم يبرّ حتى يخرج أهله ومتاعه .

ولو حلف ليخرجن من البلد، بر بخروج بدنه، دون أهله ومتاعه .

والفرق: أن الدار لا يقصد أن يخرج منها بنفسه، لأنه يخرج منها في كل يوم مراراً، فيحمل حلفه على الخروج منها بنفسه وأهله وماله .

بخلاف البلد، فإن العادة أن الإنسان لا يخرج من البلد كل يوم، فلذلك بر بخروج نفسه فقط^(١) .

فصل

٦٩٥ - إذا حلف لا يأكل هذا البسر فصار تمرّاً أو دبساً أو خلاً، فأكله حنث، إلا أن ينوي ما دام بسراً . نص عليه .

ولو حلف لا يأكل هذه البيضة، فصار فرخاً، أو هذه الحنطة فصار زرعاً فأكله، لم يحنث^(٢) . ذكره في المجرّد .

والفرق: أن الأجزاء التي حلف عليها باقية وإن تغير اسمها ووصفها، / بدليل: [١/٧٩] ما لو حلف لا يأكل من لحم هذا الحمل فصار كبشاً، فأكل منه، فإنه يحنث، فكذا هنا .

بخلاف البيضة والحنطة، فإن الأجزاء المحلوف عليها انقلبت وتغيرت أعياناً أخرى، فصار كما لو حلف لا يأكل هذا الدقيق، فعلف به شاة فسمنت، ثم أكل لحمها، أو شرب لبنها فإنه لا يحنث، كذا هنا، فظهر الفرق^(٣) .

فصل

٦٩٦ - إذا قال لعبده: إن بعثك فأنت حر، فباعه، عتق عقيب قبول المشتري^(٤) .

(١) انظر: المغني (٧٧٠/٨)، الشرح الكبير (١٣٠/٦)، المبدع (٣١٩/٩)، كشف القناع (٢٦٩/٦) .

(٢) الكافي (٣٩٤/٤)، الإنصاف (٥٩/١١-٦٠)، الإمتاع (٣٤٢-٣٤٣/٤)، منتهى الإرادات (٢/٥٤٥) .

(٣) انظر: المغني (٨٠٠/٨)، الكافي (٣٩٤/٤)، الشرح الكبير (١٠٣/٦) .

(٤) انظر: المغني (٥٧٦/٣)، الشرح الكبير (٣٦٩/٢)، الإنصاف (٣٥٥/٤)، كشف القناع (٣/١٩٥) .

ولو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، فباعه، ثم دخل لم يعتق^(١).
والفرق: أنه في الأولى علق عتقه بصفة تزيل الملك، فوجب أن يعتق بوجودها، كما لو قال: أنت حر بعد موتي^(٢).
بخلاف دخول الدار، لأنها صفة لا تزيل الملك، فلهذا اعتبرت في الملك.

فصل

٦٩٧ - إذا قال لعبده: إن بعثك فأنت حر، فباعه، لم يعتق بالإيجاب، بل بقبول المشتري.
ولو قال: إن وهبتك فأنت حر، فوهبه، عتق بالإيجاب، سواء قبل الموهوب له أو لم يقبل، ذكرهما القاضي في المجرد.
والفرق: أن المقصود في الهبة جهة الواهب، لأن الموهوب له ليس من جهته ما يقصد.
بخلاف البيع، فإن كلاً من المتبايعين في جهته شيء مقصود.

فصل

٦٩٨ - إذا قال: أول من يدخل الدار من عبيدي فهو حر، فدخلها اثنان معاً، ثم ثالث وحده، لم يعتق أحد منهم^(٣).
ولو قال: أول من يدخل من عبيدي وحده حر، فدخلوها كذلك، عتق الثالث وحده^(٤).
والفرق: أنه في الأولى لا أول فيهم، فلم يعتق واحد منهم.
وفي الثانية لا أول في الاثنين الأولين، والثالث أول من دخلها وحده، فعتق^(٥).
قلت: وقال الوالد هذا الذي ذكره في الأولى قول القاضي^(٦)، ومذهب أبي حنيفة^(٧).

(١) انظر: المغني (٣٧٦/٩)، الشرح الكبير (٣٦٤/٦)، الإمتاع (١٣٥/٣).

(٢) انظر: المغني (٥٧٧/٣)، الشرح الكبير (٣٦٩/٢).

(٣) انظر: المغني (٢٢١/٧)، الشرح الكبير (٥٠٢/٤)، المبدع (٣٦٩/٧)، كشاف القناع (٣١٤/٥).

(٤) المغني (٢٢١/٧)، الشرح الكبير (٥٠٢/٤)، المبدع (٣٦٩/٧)، كشاف القناع (٣١٤/٥).

(٥) المغني (٢٢١/٧)، الشرح الكبير (٥٠٢/٤).

(٦) المغني (٢٢١/٧).

(٧) الهداية شرح البداية (٨٧/٢).

وذكر صاحب المغني في كتاب الطلاق: ما يقتضي أن يعتق الداخلان أولاً، وذكر في كتاب العتق: ما يقتضي إخراج المعتق منهما بالقرعة. قال: وهو قياس قول الإمام أحمد رضي الله عنه، ثم على ما ذكره في الطلاق مذهباً احتمالاً^(١).

فصل

٦٩٩ - إذا حلف لا يسكن داراً وهو ساكنها، ولا نية له ولا سبب ليمينه، فلم يخرج في الحال مع إمكانه، حث^(٢).

ولو حلف لا يدخل داراً وهو داخلها، ولا نية له ولا سبب، فاستدام المقام مع قدرته على الخروج، لم يحث. اختارها أبو الخطاب^(٣).

والفرق: أن الدخول عبارة عن الانفصال من خارج إلى داخل، فالمقام بها غيره، فلم يوجد ما نفاه بعقد يمينه.

بخلاف السكنى، فإن البقاء عليها سكنى، فقد وجد المنفي بالعقد^(٤).

فصل

٧٠٠ - إذا قال: أي غلماني بشرني بكذا فهو حر، فبشره واحد ثم آخر/ عتق [٧٩/ب] الأول وحده.

ولو قال: أخبرني، مكان بشرني، عتقا^(٥).

والفرق: أن البشارة اسم للخبر السار، فانصرف إلى الذي يقع به الاستبشار، وهذا المعنى إنما يحصل بالأول دون الثاني، فلذلك عتق وحده. بخلاف الإخبار، فإن كلاهما مخبر، فلذلك عتقا^(٦).

فصل

٧٠١ - إذا قال: إن قتل فلاناً يوم الجمعة فعبدي حر، فضره يوم الخميس.

(١) انظر: المغني لموفق الدين (٢٢١/٧).

(٢) انظر: الهداية (١٣/٢)، الكافي (٤٠٨/٤)، المحرر (٨٠/٢)، الإمتاع (٣٥٣/٤).

(٣) الهداية (١٣/٢)، المغني (٧٧٨/٨)، الفروع (٣٨٧/٦)، الإنصاف (١٠١/١١)، الإمتاع (٤/٣٥٥).

(٤) انظر: المغني (٧٦٧/٨، ٧٧٨)، الشرح الكبير (١٢٧/٦)، المبدع (٣١٦/٩).

(٥) انظر: الهداية (٢٦/٢)، المغني (٢٢٠/٧)، الشرح الكبير (٥٠١/٤)، الإنصاف (١١٢/٩)، الإرادات (٣٠١/٢)، كشف القناع (٣١٤/٥).

(٦) انظر: المغني (٢٢٠/٧)، الكافي (٢٠٨/٣)، الشرح الكبير (٥٠١/٤)، المبدع (٣٦٨/٧).

فمات يوم الجمعة من ضربته .

قال السامري: لا أعرف فيه رواية، وقياس المذهب عندي: يحنث . ولو كان الضرب قبل اليمين يوم الخميس، فمات بها يوم الجمعة، لم يحنث . والفرق: أن المنفي يمينه إحداث ما يصير به قاتلاً يوم الجمعة، فإذا ضربه بعد اليمين فقد وجد ما نفاه بيمينه فحنث .

بخلاف الثانية، فإنه لم يحدث به بعد اليمين ضرباً، فلا يحنث . قلت: وفي المسألة الأولى روايتان^(١) .

إحدهما: لا يحنث، والأخرى: يحنث .

قال في المغني^(٢): ويحتمل أن لا يحنث حتى يوجد الجرح والموت جميعاً يوم الجمعة، والله أعلم .

فصل

٧٠٢ - إذا حلف: لا كلمت زيداً وعمراً، فكلم أحدهما، لم يحنث . ولو قال: ولا عمراً، حنث .

والفرق: أن اليمين في الأولى على الجميع، فلم يحنث بكلام أحدهما، كما لو قال: لا أكلت خبزاً ولبناً، فأكل أحدهما .

بخلاف الثانية، فإن كل واحد محلوف عليه مفرداً، فيحنث بكلامه^(٣) .

فصل

٧٠٣ - إذا حلف: لا كلمته يوماً ويومين، فكلمه في الثالث، حنث . ولو قال: ولا يومين، لم يحنث .

والفرق: أنه في الأولى عطف بحرف الجمع، فكأنه قال: لا كلمته ثلاثة أيام . بخلاف الثانية، فإنه لم يعطف، وإنما أعاد حرف النفي فصار كل منهما مفرداً، فكأنهما يمينان، ومدة النهي من حين العقد، والنهي والعقد إن وجدا وقتاً واحداً فتتقضي المدة بمضي اليوم الثاني، فلذلك لم يحنث .

(١) انظر: المغني (٧/٢٢٠) .

(٢) انظر: المغني (٧/٢٢٠) .

(٣) المغني (٨/٧٨٢) .

فصل

٧٠٤ - إذا حلف بالله وقال: استثنيت بقلبي، لم يقبل إلا أن يكون مظلوماً^(١).
ولو قال: أنت طالق، وقال: نويت إن دخلت الدار، دُين في الباطن، وفي الحكم روايتان^(٢).

والفرق: أنه في الأولى يريد رفع يمينه رأساً، فلم يقبل، كالنسخ.
بخلاف الثانية، فإنه لم يرفعها بالكلية، بل خصصها، فجاز بغير نطق كتخصيص العموم بالقياس المستنبط من النطق.

فصل

٧٠٥ - إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو، ففي حثه روايتان.

ولو أكل من طعام اشتراه زيد، واختلط بما اشتراه عمرو [فأكل]^(٣) أكثر مما اشترى عمرو حث، رواية واحدة^(٤).

والفرق: أنهما إذا اشتركا في شرائه لم يتحقق في جزء/ من أجزائه شراء زيد، [٨٠/أ] فلم يتحقق شرط حثه، فلم يحث.
بخلاف الثانية، فإنه قد أكل مما اشتراه زيد حقيقة فحث^(٥). والله أعلم.

فصل

٧٠٦ - ذكر القاضي في كتاب إبطال الحيل: إذا حلف لا أكلت شيئاً أبداً، ونوى اللحم، فله نيته.

ولو حلف لا أكلت، ونوى اللحم، لم تنفعه نيته، وحث بأي طعام أكل.
وفرق: بأن لا أكلت شيئاً عام، فأبي طعام نواه صدق فيه، لأنه يدعي تخصيص

(١) المغني (٧١٦/٨)، منتهى الإرادات (٥٣٥/٢).

(٢) الهداية (١٢٢)، الكافي (١٩٠/٣)، المحرر (٥٣/٢)، الإنصاف (٧١/٩)، الإمتاع (٣٠/٤).

(٣) انظر: الهداية (٣٣/٢)، الكافي (٤١٤/٤)، المغني (٧٨١/٨)، الشرح الكبير (٥٠٥/٤)، المحرر (٨٢/٢)، الفروع (٣٨٨/٦)، المبدع (٣٧٣/٧)، الإنصاف (١١٨/٩)، الإمتاع (٤٩/٤)، الإرادات (٣٠٤/٢).

(٤) انظر: المغني (٧٨١/٨)، الشرح الكبير (٥٠٥/٤)، الإمتاع (٤٩/٤)، الإرادات (٣٠٤/٢).

(٥) انظر: المغني (٧٨١/٨)، الشرح الكبير (٥٠٥/٤)، المبدع (٣٧٣/٧).

ما في لفظه: وقد أوماً إليه إمامنا رضي الله عنه في رواية إسحاق بن إبراهيم. إذا قال: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ونوى تلك الساعة، صدق بذلك.

بخلاف الثانية، فإنه ادعى تخصيص ما ليس في لفظه، لأن الذي في لفظه الأكل مطلقاً، وليس في لفظه طعام دون طعام، فأبي طعام أكله فقد تناولته يمينه، فلذلك حث.

فصل

٧٠٧ - إذا حلف لا يدخل داراً، فدخل فضاء كان داراً، لم يحث.

ولو عين الدار، فدخلها وقد صارت فضاء، حث^(١).

والفرق: أن الفضاء ليس داراً عرفاً، فلم يحث.

وفي الثانية تعلق الحلف بعين الدار، وعرضتها^(٢) منها، فحث بدخولها، كما لو دخل دهليزها^(٣)، فظهر الفرق^(٤).

فصل

٧٠٨ - قد ذكرنا: أنه يحث بدخول عرصة دار حلف لا يدخلها.

فلو حلف: لا يدخل خيمة فقلعت، ودخل مكانها، لم يحث. ذكره أبو الوفاء رحمه الله.

والفرق: أن الدار لعرصتها وبنائها، فحث بدخول عرصتها.

بخلاف الخيمة، فإنها اسم لذلك الظلة، وليست العرصة من جملتها، فلذلك لم يحث بدخولها.

فصل

٧٠٩ - إذا حلف: لا فارتك حتى أستوفي حقي منك، فهرب، لم يحث^(٥).

ولو قال: لا افترقنا، حث^(٦).

(١) انظر: الهداية (٣١/٢)، الكافي (٣٩٤/٤)، المحرر (٧٦/٢)، الإمتاع (٣٤٣/٤).

(٢) لسان العرب (٥٢/٧)، المصباح المنير (٤٠٢/٢).

(٣) المصباح المنير (٢٠١/١)، القاموس المحيط (١٧٦/٢).

(٤) المغني (٨٠١/٨)، الكافي (٣٩٤/٤)، الشرح الكبير (١٠٢/٦).

(٥) انظر: الهداية (٣٧/٢)، المقنع (٥٩٣/٣)، المحرر (٨٢/٢)، الفروع (٣٩٣/٦)، منتهى الإرادات (٥٦٠/٢).

(٦) الهداية (٣٧/٢)، المقنع (٥٩٣/٣)، المحرر (٨٢/٢)، الفروع (٣٩٣/٦)، الإرادات (٥٦٠/٢).

والفرق: أنه في الأولى حلف على فعل نفسه، وهو لم يفارقه^(١).
بخلاف الثانية، فإنه حلف على الفرقة، وبهرب المدين حصلت، فحنت^(٢).

فصل

٧١٠ - إذا حلف لا يأكل شعيراً، فأكل حنطة فيها حبات شعير، حنت^(٣).
ولو حلف لا يشتري حنطة، فاشترى حنطة فيها حبات شعير، لم يحنت.
قال: في قياس المذهب عندي، ولا أعرف فيها رواية.
والفرق: أنه في الأولى نفى يمينه الأكل، والأكل فعل، والفعل يكون بعضه تبعاً لبعض، فكل حبة من المأكول تقصد بالأكل، فقد وجد ما نفاه بعقد يمينه.
بخلاف الشراء، فإن القصد باليمين أن لا يعقد عليه، وهو لم يقصد العقد عليه، وإنما دخل تبعاً، فلم يحنت به، كما لو حلف لا يشتري مسامير فاشترى باباً فيه مسامير، فإنه لا يحنت، كذا هنا.

قلت: قال شيخنا الوالد في قوله: والفعل يكون بعضه تبعاً لبعض/ نظر. [٨٠/بها]
وصوابه: لا يكون بعضه تبعاً لبعض، بدليل أن إنساناً لو قتل رجلين، أو أكل شيئين فإن أحدهما لا يكون تبعاً للآخر، بل الفعل في كل واحد منهما حقيقة، لأن الفعل لا يحتمل المجاز، وشرط حنثه قصده بالأكل، وكل حبة مقصودة بالأكل. هكذا في كتاب الكرايسي، ومنه نقل المصنف هذه المسألة، فتأمل تجده عين الصواب، إذ لو جعل الفعل بعضه يتبع بعضاً لما حنت في الصورة المذكورة، لأن ذلك يقتضي أن يكون أكله للشعير المحلوف على نفي أكله تبعاً لأكل الحنطة الذي لم يحلف عليه في أنه لا يحنت بأكله، وهو عكس المقصود.

فصل

٧١١ - إذا حلف: لا كلمته أشهراً، حمل على ثلاث، كقوله أياماً^(٤).
ولو حلف: لا كلمته شهوراً، حمل على اثني عشر، عند القاضي^(٥).

-
- (١) المغني (٧٩٤/٨)، الشرح الكبير (١٣٤/٦)، المبدع (٣٢٣/٩).
(٢) المغني (٧٩٦/٨)، الشرح الكبير (١٣٥/٦)، المبدع (٣٢٣/٩).
(٣) الهداية (٣٥/٢)، الكافي (٤٠١/٤)، القروع (٣٨٣/٦)، الإنصاف (٩٧/١١)، منتهى الإرادات (٥٢/٢).
(٤) انظر: الهداية (٣٨/٢)، الكافي (٤٠٦/٤)، القروع (٣٨٠/٦)، منتهى الإرادات (٥٥٥/٢).
(٥) الهداية (٣٨/٢)، الكافي (٤٠٦/٤)، المحرر (٨١/٢)، الإنصاف (٨٧/١١)، منتهى الإرادات (٥٥٥/٢).

والفرق: أن أشهراً اسم لما دون العشرة، قال تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: الآية ٤]، وقال: ﴿يَعْتَصِنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: الآية ٢٣٤] فيحمل على أقل الجمع وهو ثلاثة.

بخلاف شهر، فإنه يحمل على اثني عشر، كقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا﴾^(١) [التوبة: الآية ٣٦].

قلت: ولو قيل بأحد عشر كان وجهه: أن شهوراً جمع كثرة، وهذا أولها، والله أعلم.

فصل

٧١٢ - إذا حلف بالله ليأكلن الخبز الذي في هذا السِّل ولا خبز فيه، أو ليشربن الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه، لم تنعقد يمينه، سواء علم بهما أو لم يعلم. ولو حلف بالله ليقتلن فلاناً، وهو يعلم أنه ميت حنث. ذكرهما القاضي^(٢). وفرق: بأن يمينه تنعقد على تلك الحياة المعهودة، وهي متوهم عودها ووجودها.

بخلاف الأولى، فإن ماء الكوز وخبز السل غير موجودين، فإن أوجد الله تعالى فيهما شيئاً فيما بعد فليس هو المحلوف عليه، فلذلك لم تنعقد يمينه.

فصل

٧١٣ - إذا قال لأمته: إن أعطيتك كرى مقنتك فأنت حرة، فأقرضها دراهم، فاشتريت بها قطناً، وغزلته وباعته، وردت على مولاها قدر ما أعطاه، وصرفت الباقي في أجره المقنعة، حنث. نص عليه. ولو قال لزوجته: إن أعطيتك كرى مقنتك فأنت طالق، فأعطاه دراهم ففعلت كما فعلت الأمة، لم يحنث. والفرق: أن ما دفعه إلى أمته لم يخرج عن ملكه، فهو الدافع كرى المقنعة، فحنث.

وأما الزوجة فتملك ما دفعه إليها، فهي المؤدية للأجرة، فافترقا.

فصل

٧١٤ - إذا حلف لا يتصدق عليه، قوبه، لم يحنث.

(١) انظر: الكافي (٤/٤٠٦)، المغني (٨/٧٨٩)، الشرح الكبير (٦/١١٨).

(٢) الشرح الكبير (٤/٤٦٢)، الإنصاف (٩/٤٣)، الإمتاع (٤/٢٥)، غاية المتهمي (٣/١٣٤).

ولو كان بالعكس، حنث^(١).

والفرق: أن الصدقة هبة لأنها متضمنة معناها.

وليست الهبة صدقة/ لجواز قبولها لمن لا تحل له الصدقة، فانضح الفرق^(٢). [٨٧/١]

فصل

٧١٥ - إذا حلف لا يأكل هذه التمرة فاختلطت بتمر ولم تتميز، فأسقط منه ثمرة وأكل الباقي، لم يحنث^(٣).

ولو حلف ليأكلن، حنث^(٤).

والفرق: أنه في الأولى منع نفسه أكلها، وبعد الاختلاط والسقوط يحتمل بقاؤها وعدمها، والأصل براءة الذمة من الحنث، فلم يحنث^(٥).

بخلاف الثانية، فإنه التزم أكلها، وبعد الاختلاط والسقوط لا يتحقق بقاؤها فلم تخرج من عهده يمينه، لأن الأصل عدم أكلها، فلا تبرأ ذمته إلا بيقين.

فصل

٧١٦ - إذا حلف لا يشرب ماء دجلة ولا نية له، فشرب منه، حنث.

ولو حلف: لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ولا نية له، لم يحنث. في إحدى الروايتين^(٦).

والفرق: أن شربه لجميع ماء دجلة غير ممكن، فانصرفت يمينه إلى الممكن منه وهو البعض، فحنث بشربه.

بخلاف ماء الإناء فإن شرب جميعه ممكن، فانصرفت يمينه إليه، فإذا لم يشربه جميعه لم يوجد شرط حنثه، فلم يحنث^(٧).

(١) المقنع (٥٧٧/٣)، المحرر (٧٧/٢)، الإنصاف (٦٦/١١)، الإمتاع (٣٤٥/٤).

(٢) انظر: الكافي (٤/٣٩٩-٤٠٠)، الشرح الكبير (٦/١٠٦-١٠٧)، المبدع (٩/٢٩٣-٢٩٤)، كشف القناع (٦/٢٥٣).

(٣) انظر: الهداية (٢/٣٥)، المقنع (٣/٢١٦)، الإمتاع (٤/٦٠).

(٤) المغني (٨/٨١٧)، الشرح الكبير (٤/٥١١)، المبدع (٧/٣٨٢)، الإمتاع (٤/٦٠).

(٥) انظر: المغني (٨/٨١٧)، الشرح الكبير (٤/٥١١)، كشف القناع (٥/٣٣٢).

(٦) الهداية (٢/٣٥)، المقنع (٣/٢١٢)، المبدع (٧/٣٧٢)، منتهى الإرادات (٢/٣٠٣).

(٧) انظر: المغني (٨/٧٩٢)، الشرح الكبير (٤/٥٠٤)، المبدع (٧/٣٧٢)، كشف القناع (٥/٣١٨).

فصل

٧١٧ - إذا حلف لا باع ثوبه من فلان بمائة، فباعه بها أو بأقل منها، حنث .
 وإن باعه بأكثر، لم يحنث .
 والفرق: أن العرف يقتضي في هذا بأن المراد أن لا يبيعه بها ولا بأقل، لكونها دون القيمة، أو دون مراده، فتكون اليمين منصرفة إلى ذلك دون البيع بأكثر، فإذا باعه بأكثر لم يوجد شرط حنثه، فلم يحنث^(١) .

فصل

٧١٨ - إذا قال لزوجته: إن وهبتك شيئاً فبعته فأنت طالق، فوهب لها شيئاً فباعته، طلقت .
 ولو حلف: لا سرقت مني شيئاً فبعته، فسرت وباعت، لم يحنث^(٢) .
 والفرق: أنه إذا وهبها فباعته، فالبيع صحيح، فقد وجد شرط حنثه .
 بخلاف الثانية، فإنها إذا باعت ما سرقت لم يصح، فلم يوجد شرط الحنث، فلم يحنث فافترقا .
 قلت: وحكى أصحابنا في هذه المسألة قولين، ورجح بعضهم الحنث بالعقد .

فصل

٧١٩ - إذا حلف لا يبيع فباع، فلم يقبل المشتري، لم يحنث .
 ولو حلف لا يهب فوهب، ولم يقبل المتهب، حنث^(٣) .
 والفرق: أن المقصود في الهبة جهة الواهب، والمتهب ليس من جهته ما يقصد .
 وفي البيع المقصود من الجهتين، فافترقا، والله تعالى أعلم .

(١) المغني (٧٩٩/٨)، الشرح الكبير (٩٨/٦)، كشاف القناع (٢٤٦/٦)، مطالب أولي النهى (٦/٣٨٢) .
 (٢) انظر: المقنع (٥٧٦/٣)، الشرح الكبير (١٠٥/٦)، الفروع (٣٦٦/٦)، الإنصاف (٦٢/١١)، الإمتاع (٣٤٤/٤) .
 (٣) انظر: الكافي (٣٩٩/٤)، المحرر (٧٧/٢)، الفروع (٣٦٦/٦)، الإمتاع (٣٤٤/٤) - (٣٤٥/٤) .

كتاب النذر

فصل

٧٢٠ - إذا قال: الله عليّ أن أصوم ثلاثين يوماً، لم يلزمه التتابع. رواية واحدة.
ولو قال: عشرين أو خمسة وعشرين أو أربعين، فهل يلزمه التتابع؟ فيه روايتان^(١).

والفرق: أنه إذا نذر صوم ثلاثين فالظاهر أنه أراد/ التفرقة وإلا لقال: شهراً، [٨١/ب] فلما عدل عن ذكر الشهر إلى ذكر العدد، علم أنه أراد التفرقة دون التتابع^(٢).
بخلاف الثانية، فإن العشرين وغيرها من الأعداد غير الثلاثين لم يرد الشرع بوجوب التتابع فيها، فلم يكن في ذكر الأيام دلالة على أنه لم يقصد التتابع^(٣).

فصل

٧٢١ - إذا نذر أن يصوم كل اثنين أجزاء صوم الأثنين التي في شهر رمضان عنه وعن نذره، ولم يلزمه قضاؤها، ولا كفارة^(٤).
ولو وجبت عليه كفارة ظهار قبل نذره صيام الأثنين أو بعده، لزمه صوم الأثنين عن الكفارة، دون النذر^(٥).

والفرق: أن الأثنين التي في غير رمضان يصح صومه لها عن نذره، وإذا صح صومها عن نذره دخلت تحت نذره، فإذا لم يصمها عن نذره لزمه كفارة يمين لمخالفة النذر، ويصومها عن الكفارة ليصح التتابع^(٦).
بخلاف الأثنين التي في شهر رمضان، فإنه لا يصح صومها عن نذره، فلم تدخل تحت نذره، فلذلك لم يلزمه قضاؤها^(٧).

(١) انظر: الروايتين والوجهين (٣/٦٤)، المغني (٩/٢٨٢٧)، الفروع (٦/٤٠٩)، المبدع (٩/٣٣٩)، الإمتاع (٤/٣٦١)، منتهى الإرادات (٢/٥٦٦).

(٢) انظر: المغني (٩/٢٨)، الشرح الكبير (٦/١٤٦).

(٣) انظر: المغني (٩/٢٨)، الشرح الكبير (٦/١٤٦).

(٤) الروايتين والوجهين (٣/٦٥)، المغني (٩/٢٤)، الفروع (٦/٤٠٧).

(٥) المغني (٩/٢٤).

(٦) المغني (٩/٢٤).

(٧) الروايتين والوجهين (٣/٦٥)، المغني (٩/٢٤).

قلت: قال الوالد: ينظر في قوله: فلم تدخل تحت نذره، مع قوله أول المسألة: أجراه صوم التي في شهر رمضان عنه وعن نذره، لأنها إذا لم تدخل فإنما يصومها عن رمضان خاصة، لا عن غيره، ففي القول بأنه يصومها عن رمضان ونذره، مع القول بأنها لا تدخل تحت نذره تناقض ظاهر.

فصل

٧٢٢ - إذا قال في حال اللجاج والغضب: إن دخلت الدار فما لي صدقة، فدخلها، خيّر بين فعل ما التزم، وبين كفارة يمين^(١).

ولو كان النذر عتق عبد له، عتق. ولم يكن مخيراً^(٢).

والفرق: أنه في الأولى نذر في حال الغضب فتكون يميناً، بدليل قوله ﷺ: «النذر حلف، وكفارته كفارة يمين»^(٣)، فيلزمه كفارة يمين مع وجود شرطه، ومخالفة نذره^(٤).

بخلاف الثانية، فإن ذلك تعليق للعتق بصفة، فمع وجود الصفة يعتق العبد^(٥)، فاقتربا.

قلت: وهذا الحديث الذي ذكره: «النذر حلف» لم أره في شيء من الكتب المعتمدة، بل جاء بمعناه ما يدل على أن كفارة النذر كفارة^(٦) يمين، مع قوله: «من نذر ولم يسم فكفارته كفارة يمين، ومن نذر ولم يطقه فكفارته كفارة يمين» رواه أبو داود وغيره^(٧).

فصل

٧٢٣ - إذا نذر الصلاة في أحد المساجد الثلاثة لزمه فعلها.

(١) الهداية (٢/١٢٠)، الكافي (٤/٤١٧)، المحرر (٢/١٩٩)، الإمتاع (٤/٣٥٧).

(٢) الهداية (٢/١٢٠)، الكافي (٤/٤١٧)، المبدع (٩/٣٢٧).

(٣) لم أجده.

(٤) الشرح الكبير (٦/١٣٦)، المبدع (٩/٣٢٧)، كشاف القناع (٦/٢٧٥).

(٥) الكافي (٤/٤١٧)، المبدع (٩/٣٢٧).

(٦) أخرجه أبو عروبة في مسنده (٤/١٥) - ح (٥٨٦٢)، والطيالسي في مسنده (١/٢٠٨) - ح (١٤٨٤).

(٧) أخرجه أبو داود (٣/٢٤١)، والبيهقي في الكبرى (١٠/٤٥)، والدارقطني في سننه (٤/١٥٨) برقم

(١)، وابن ماجه (١/٦٨٧) - ح (٢١٢٧)، والرويات في مسنده (١/١٩٢) - ح (٢٥٦)، والطبراني

في الكبير (١١/٤١٢) - ح (١٢١٦٩)، وانظر: التلخيص الحبير (٤/١٧٦)، نصب الراية (٣/

ولو نذر الصلاة في غيرها لم يلزمه، بل يخير بين فعل ما نذره، وبين الكفارة^(١).

والفرق: قوله ﷺ: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام، والمسجد الأقصى، ومسجدي هذا» متفق عليه^(٢)، فهذا الحديث/ نص في الفرق. [١/٨٢]

فصل

٧٢٤ - إذا نذر أن يصوم كل اثنين، ثم لزمه صوم شهرين متتابعين إما بظهار أو غيره، فصامها عن ذلك، لزمه قضاء الاثنين اللاتي فيهما.

ولو صام شهر رمضان، لم يلزمه أن يقضي ما فيه من الاثنين.

الفرق: أن صوم رمضان وجب بالشرع قبل النذر، فصار نذره مخصوصاً، كنذر صوم الدهر، فأثنين رمضان لم تدخل تحت نذره، فلم يلزمه قضاؤها.

بخلاف الاثنين التي صامها عن كفارته، فإن وجوب صيامها بالنذر سبق وجوبها بالكفارة، فإذا صامها عن كفارته قضاها لنذره، كما لو أفطرها.

قلت: قال الوالد: قد ذكر في الفصل الثاني من هذا الباب: أنه لا فرق بين أن يكون نذر الاثنين متقدماً على وجوب الصوم أو متأخراً، وفرق بينهما في هذا الفصل، وهذا تناقض ظاهر، والله أعلم.

كتاب الأقضية

فصل

٧٢٥ - إذا استعدى على خصم في البلد، أعدي عليه قبل تحرير الدعوى، ولو كان غائباً، لم يعد حتى تحرر^(٣).

والفرق: وجود المشقة في حق الغائب، وعدمها في حق الحاضر^(٤).

(١) انظر: الهداية (٢/٢٢١).

(٢) (ح) أخرجه البخاري (١/٣٩٨) - ح (١١٣٢)، ومسلم (٢/١٠١٤) - ح (١٣٩٧).

(٣) انظر: الكافي (٤/٤٥٨)، المحرر (٢/٢٠٥-٢٠٦)، الفروع (٦/٤٥٨-٤٥٩)، غاية المنتهى (٣/٤٢٣-٤٢٤).

(٤) انظر: المغني (٩/٦٢)، الشرح الكبير (٦/١٨٠)، المبدع (١٠/٥٥).

فصل

٧٢٦ - إذا قال المدعي: لا بينة لي، ثم أتى ببينة، لم تقبل^(١).
ولو قال: لي بينة غائبة أو حاضرة وأريد إحلافه فحلف، ثم أتى ببينة، قبلت^(٢).
والفرق: أنه في قوله: لا بينة لي قد أكذب بينته، فلم تقبل^(٣).
بخلاف الأخرى، فإنه لم يكذب بينته.

فصل

٧٢٧ - إذا قال: لا بينة لي، ثم أتى ببينة، لم تقبل^(٤).
ولو قال: لا أعلم لي بينة، ثم أتى ببينة، قبلت^(٥).
الفرق: أنه في الأولى مكذب بينته، كما تقدم.
بخلاف الثانية، فإنه لم ينفها مطلقاً، بل نفى علمه بها، فمن الجائز أن يذكرها فذكرها^(٦)، والله أعلم.

فصل

٧٢٨ - إذا قال المدعي: لي بينة غائبة، لم يكن له ملازمة المدعى عليه، ولا مطالبته بكفيل. نص عليه.
ولو أحضره إلى باب الحاكم وهو مشغول، فله ملازمته حتى يتفرغ الحاكم^(٧).
والفرق: أن المدعي في الأولى قادر على فصل الحكومة بدون الملازمة.
بخلاف الثانية، فإنه لا يقدر على الحكومة بغير الملازمة فتعينت^(٨).

فصل

٧٢٩ - إذا كتب قاضي بلد إلى قاضي بلد يشبوت حق على إنسان، فأحضر

-
- (١) الهداية (١٢٨/٢)، الكافي (٤٦٣/٤)، المحرر (٢٠٩/٢)، الإمتاع (٣٩٤/٤).
 - (٢) الكافي (٤٦٢/٤)، المقنع (٦١٩/٣)، الإمتاع (٣٩٤/٤)، متبى الإيرادات (٤٩٤/٣).
 - (٣) الكافي (٤٦٣/٤)، الشرح الكبير (١٨٥/٦)، كشاف القناع (٣٣٩/٦).
 - (٤) انظر: المغني (٢٢٢/٩)، الشرح الكبير (١٨٦/٦)، المبدع (٦٩/١٠)، كشاف القناع (٣٤٠/٦).
 - (٥) انظر: الهداية (١٢٨/٢)، المقنع (٦١٨/٣)، المحرر (٢٠٩/٢)، متبى الإيرادات (٦٠١/٢).
 - (٦) الكافي (٤٦٣/٤)، الشرح الكبير (١٨٥/٦)، المبدع (٦٧/١٠)، كشاف القناع (٣٣٩/٦).
 - (٧) انظر: المغني (٢٢٥/٩)، الشرح الكبير (١٨٦/٦).
 - (٨) انظر: المغني (٢٢٥/٩)، الشرح الكبير (١٨٦/٦).

المكتوب إليه المدعى عليه، وألزمه دفع الحق، فقال: برئت إليه منه، فإن كان صاحب الحق حاضراً حلف وأخذ.

وإن كان غائباً ألزم المدعى عليه بالخروج من الحق، وبقي على استحلافه لصاحبه، ذكره ابن عقيل عن القاضي.

والفرق: أنا لو أخرنا الاستيفاء ليحضر الغائب ويحلف كان في ذلك ضرر به. بخلاف ما إذا كان حاضراً، فإنه لا مشقة عليه في ذلك، فافترقا.

فصل

٧٣٠ - إذا ادعى إنسان أن الحاكم حكم له /، بحق فلم يذكر، فشهد عدلان [٨٢/ب] عنده بذلك، لم يحكم بشهادتهما^(١).

ولو شهدا عنده: أن حاكماً غيره حكم له بحق، حكم بشهادتهما^(٢).

والفرق: أن حكم نفسه يمكن تيقنه بأن يتذكر، فلم يجز أن يعمل فيه بشهادة غيره.

بخلاف الحكم أولاً، فإنه لا طريق إليه إلا البينة، فعمل بها.

قلت: والصحيح، أنه يحكم بشهادة العدلين في الأولى، فلا فرق، والله أعلم.

فصل

٧٣١ - إذا بان للحاكم أنه خالف النص أو الإجماع، نقض حكمه^(٣).

ولو اجتهد في القبلة فبان له الخطأ بعد الصلاة، لم يعدها^(٤).

والفرق: أن القبلة يجوز تركها مع العذر، فجاز سقوط الفرض بالصلاة إلى غيرها خطأ.

بخلاف الحكم، فإنه لا يترك النص ولا الإجماع فيه للعذر، فلم يترك للخطأ^(٥).

(١) الهداية (٢/١٣٠)، المحرر (٢/٢١١)، الشرح الكبير (٦/٢٠٤)، الإنصاف (١١/٣٠٦)، الإمتاع (٤/٤٠٤).

(٢) الشرح الكبير (٦/٢٠٤)، المبدع (١٠/٩٥)، كشف القناع (٦/٣٥٦).

(٣) انظر: الهداية (٢/١٣٠)، المقنع (٣/٦١٣)، منتهى الإرادات (٢/٥٨٦)، الروض المربع (٢/٣٦٨).

(٤) الهداية (١/٣٢)، المقنع (١/١٣٣)، المحرر (١/٥٢)، الروض المربع (١/٤٨).

(٥) المغني (٩/٥٧)، الشرح الكبير (٦/١٧٦).

فصل

٧٣٢ - إذا ادعى على رجل قتل عمد، وأقام شاهداً وحلف معه، لم يستحق قوداً ولا دية، ولو ادعى على رجل سرقة نصاب، وأقام شاهداً وحلف معه، استحق الغرم، دون القاطع.

والفرق: أن بيعة السرقة تضمنت الغرم والقطع، وأحدهما ينفك عن الآخر، فإن السارق من غير حرز يغرم ولا يقطع، فيثبت ما يثبت بها، وهو الغرم، دون القطع. بخلاف الأخرى، فإن قتل العمد إما أن يوجب القصاص عيناً، وإما هو أو الدية، فالقود والمال لا يجتمعان، وإنما يجب أحدهما على التخيير، فلم يمكن إثبات أحدهما منفرداً عن الآخر^(١).

فصل

٧٣٣ - إذا كان في يد رجل جارية فادعى رجل أنها أم ولده، وأن ولدها منه حر، وأقام بذلك رجلاً وامرأتين، أو شاهداً وحلف معه، حكم له بالجارية، لأن أم الولد مال، وإذا ملكها بالبيعة ثبت أنها أم ولده بالإقرار في الملك. وفي الولد روايتان:

أحدهما: يثبت نسبه وحرية، لأن الجارية إذا ثبتت له بالبيعة، حكم له بتمائها، فثبت له الولد، ثم ثبت نسبه وحرية باعترافه بذلك بعد حصوله في ملكه، كما لو كان في يد رجل عبد فادعى آخر أنه كان عبده وأعتقه، وأنه غصبه منه واسترقه، وأقام به شاهداً وحلف معه، فإنه يحكم له بذلك، وتثبت حرية العبد بإقراره في ملكه.

والرواية الأخرى^(٢): لا تثبت الحرية، ويبقى على ملك من هو في يده، لأنه لم يدع ملك الولد أصلاً، وإنما ادعى النسب، وانعقاد الولد حراً في الأصل، وهما لا يثبتان بشاهد ويمين.

بخلاف ما إذا ادعى أن العبد الذي في يد الرجل كان ملكه وأعتقه، لأنه ادعى ملكه أصلاً، فلذلك ثبت دعواه بشاهد ويمين^(٣).

(١) الكافي (٥٣٩/٤)، المغني (١٥٤/٩)، الشرح الكبير (٢٩١/٦)، المبدع (٢٦١/١٠)، كشف القناع (٤٣٦/٦).

(٢) الكافي (٥٤٠/٤)، المغني (١٥٥/٩)، الشرح الكبير (٢٩١/٦)، الإنصاف (٨٨/١٢)، كشف القناع (٤٣٧/٦).

(٣) انظر: الكافي (٥٤٠/٤)، المغني (١٥٥/٩)، الشرح الكبير (٢٩١/٦)، الإنصاف (٨٨/١٢)، كشف القناع (٤٣٧/٦).

فصل

٧٣٤ - إذا ادعى عيناً في يد آخر أنها له ولفلان الغائب، وأقام بذلك بينة، انتزع نصيب المدعي من يده، وأبقى/ نصيب الغائب^(١). [I/٨٣]

ولو ادعى أنها له ولأخيه الغائب ورثاها عن أبيهما، ولا وارث له سواهما، وأقام بذلك بينة، سلم نصيب المدعى إليه، وحفظ الحاكم نصيب الغائب حتى يقدم^(٢).

والفرق: أن البينة في الأولى لهما جميعاً، فسمعت في حق الحاضر، وقضى بها في حقه، دون الغائب، لأنه رشيد لا ولاية عليه، فلم تسمع البينة له بغير إذنه، كما لو كان حاضراً.

بخلاف الثانية، فإن البينة شهدت للميت، بدليل: أنه يقضي ديونه، وينفذ وصاياه، والميت لا يعبر عن نفسه، فجاز سماعها له بدعوى من هو قائم في ماله مقامه، فإذا سمعت انتقل الحق إلى وارثه، فيأخذ الحاضر نصيبه، والحاكم نصيب الغائب يحفظه له^(٣)، هذا إن كان المدعي عيناً.

وإن كان ديناً ففيه وجهان:

أحدهما: يأخذ الحاكم نصيب الغائب كالعين.

قلت: وهو الصحيح من المذهب^(٤).

والثاني: يقره عند المدعى عليه، يكون محفوظاً في ذمته للغائب، والله أعلم.

فصل

٧٣٥ - إذا ادعى أحد الوراثين: أن من تركته موروثة ماله في ذمة رجل حاضر معه، والوارث الآخر غائب، وأقام البينة بدعواه، فإن الحاكم يسمعها ويقضي للحاضر بنصيبه، دون نصيب الغائب، فمتى حضر الغائب وسأل الحاكم لحقه، حكم له، ولم يحتاج إلى إعادة البينة.

ولو كانت دعوى الحاضر بقتل عمد، احتاج عند حضوره إلى إقامة البينة.

(١) انظر: المغني (٣٠٤/٩)، الشرح الكبير (٢٠٣/٦).

(٢) انظر: المغني (٣٠٤/٩)، الشرح الكبير (٢٠٢/٦)، المحرر (٢١٠/٢)، الإنصاف (٣٠٤/١١).

(٣) انظر: المغني (٣٠٤/٩)، الشرح الكبير (٢٠٣/٦).

(٤) المغني (٣٠٤/٩)، المحرر (٢١٠/٢)، الفروع (٤٨٦/٦)، الإنصاف (٣٠٤/١١)، منتهى

الإرادات (٦٠٧/٢).

والفرق: أن إقامة البينة مع غيبة بعض الورثة غير موجب للقضاء بها، بدليل: أنه لا يقضى بها في نصيب الحاضر أيضاً، فصار كما لو كان الشهود فساقاً، فإنه لا يقضى بها، كذا هنا، فإذا حضر الغائب احتاج إلى إعادة البينة.

بخلاف الأموال وما يوجب المال من قتل الخطأ، لأن البينة قامت موجهة للقضاء، وإنما امتنع في نصيب الغائب لعدم الدعوى، فإذا حضر وادعى قضي له، كما لو كانا حاضرين في ذلك الوقت، فظهر الفرق.

قلت: والعجب من المصنف كيف يذكر حكماً في فصل، ثم يناقضه في الذي بعده. إذ لو كانا في بابين أو في باب واحد متباعد لعذر، وذلك أنه صرح في الفصل الذي قبل هذا: بأن الحاكم يأخذ نصيب الابن الغائب فيحفظه له، ثم في هذا الفصل يزعم: أن الحاكم لا يحكم للغائب من الوراثين بدون حضوره وسؤاله الحكم.

والحق ما قاله في الفصل المتقدم، فإن أصحابنا قاطبة نصوا على المسألة، وأما ما ذكره هنا فقال الوالد/ : هو مذهب الحنفية، ونقله المصنف عن الكرابيسي الحنفي، وليس مذهباً لنا.

فصل

٧٣٦ - إذا مات رجل فادعى ورثته على رجل أن من تركته ديناً عليه، وشهد شاهد واحد، وحلفوا معه استحقوا، وإن حلف بعضهم استحق الحالف^(١).

وإن كان المدعي عينا، كان ما خلص الحالف بيمينه مشتركاً بين جماعتهم.

والفرق: أن الدين في الذمة غير متعين، فكل من حلف فإنما يثبت بيمينه مقدار حقه من الدين لا غيره، فلذلك لا يشارك فيه^(٢).

بخلاف العين، فإن كل واحد من الورثة معترف أن كل جزء من الدار والثياب مشترك بين جميعهم، فلذلك شاركوه.

فصل

٧٣٧ - إذا كان لاثنتين أرض فيها زرع فأرادا قسمته منفرداً، فإن كان قصيلاً^(٣) جاز^(٤).

(١) انظر: المغني (٢١٩/٩)، الإمتاع (٤٤٦/٤).

(٢) انظر: المغني (٢١٩/٩)، كشاف القناع (٤٣٥/٦).

(٣) انظر: المصباح المنير (٥٠٦/٢)، المعجم الوسيط (٧٤٠/٢).

(٤) الهداية (١٣٥/٢)، المقنع (٦٤٤/٣)، المحرر (٢١٦/٢)، غاية المنتهى (٤٤٧/٣).

وإن كان سنبلاً، ففيه وجهان.

والفرق: أن التفاضل لا يجوز في الحب، بخلاف القصيل.

ثم القسمة إن قلنا: هي إفراز، فلجهالة السنب، إذ لا يمكن إفراز أحد النصيين، وإن قلنا: بيع، فيع حب مجهول بمثله لا يجوز، بخلاف القصيل^(١).

فصل

٧٣٨ - إذا حكم حاكم بشهادة شاهدين، فبانا كافرين، نقض حكمه.

وإن بانا فاسقين، لم ينقضه. في إحدى الروايتين^(٢).

والفرق: أن الكافر ليس من أهل الشهادة إجماعاً، فقد حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد فينقض حكمه، كما لو خالف الكتاب، أو السنة، أو الإجماع^(٣).

بخلاف الفاسق، فإنه مقبول الشهادة عند بعضهم، فقد حكم بما يسوغ فيه الاجتهاد^(٤).

فصل

٧٣٩ - قلت: ثم إن كان المحكوم به مالاً فهو مضمون على المحكوم له، فإن كان باقياً رده، وإن كان تالفاً ردّ بدله.

وإن كان قتلاً أو قطعاً، ضمنه الإمام^(٥).

والفرق: أن المال حصل في يد المحكوم له فلزمه رده، حيث تبين فساد طريق وصوله إليه^(٦).

وأما القطع والقتل فلم يثبت للمحكوم له به عليه، بدليل: أن الإمام فرط بترك البحث عن حال الشهود^(٧).

وهذا يفارق أيضاً رجوع الشهود، فإنهم ألجأوا الحاكم بشهادتهما إلى الإلتاف

(١) انظر: الكافي (٤/٤٨١)، الشرح الكبير (٦/٢٢٢)، المبدع (١٠/١٢٧)، مطالب أولي النهى (٦/٥٥٤).

(٢) المغني (٩/٢٥٨)، الإنصاف (١٢/١٠٥)، الإمتاع (٤/٤٠٦)، (٤٥٢).

(٣) المغني (٩/٢٥٨)، الشرح الكبير (٦/٣٠٣)، المبدع (١٠/٢٧٧).

(٤) الإنصاف (١٢/١٠٥).

(٥) انظر: الكافي (٤/٥٦٥)، المحرر (٢/٢١١)، الإنصاف (١٢/١٠٦)، كشف القناع (٦/٤٤٦).

(٦) انظر: المبدع (١٠/٢٧٨)، كشف القناع (٦/٤٤٦)، مطالب أولي النهى (٦/٦٤٨).

(٧) انظر: الكافي (٤/٥٦٥)، الشرح الكبير (٦/٣٠٤)، المبدع (١٠/٢٧٨).

بإصرارهم على الشهادة مع كونهم بصفة من لا تقبل شهادتهم.
بخلاف مسألتنا، فإن الحاكم فرط بقبول شهادتهم^(١)، فظهر الفرق.

باب الدعاوى

فصل

٧٤٠ - إذا ادعى أثماناً ولم يعين نقدها، لم تكن الدعوى محررة، ولم ينصرف إلى نقد البلد^(٢).

ولو باع بثمن لم يعين نقده صح، وانصرف إلى نقد البلد^(٣).
والفرق: أن الدعوى إخبار بحق ثبت من قبل ذلك، يختلف باختلاف الأوقات.

بخلاف ثمن المبيع، فإنه يجب في الحال فانصرف إلى نقد البلد.

فصل

٧٤١ - إذا كان في يده دجاجة، فأثبت آخر: أن البيضة التي خرجت منها الدجاجة ملكه، قضي له بها. [١/٨٤]

ولو كان في يده شاة أو بيضة، فأثبت رجل: أن أم الشاة والدجاجة التي باضت البيضة ملكه، لم يقض له بالشاة والبيضة.

والفرق: أن الدجاج في الأولى عين البيضة قلبها الله عز وجل، فإذا ثبت أن البيضة ملكه قضي له بالدجاجة، كما لو أثبت مدعي الخل أن عصيره ملكه.

بخلاف الثانية، فإن الشاة ليست عين أمها، ولا البيضة خارجة من الدجاجة عين الدجاجة، ومن الجائز أن الشاة ولدت، والدجاجة باضت في ملكه، ثم باع الشاة المولودة، ومن الجائز حصول ذلك في ملك أجنبي منهما، ثم باع الأصلين ممن هما في يده، والفرعين ممن هما في يده، فلذلك لم يقض له بهما. نعم لو شهدت البينة: أنها ولدتها أو باضتها في ملكه، قضي له بها، فاتضح الفرق^(٤).

(١) انظر: المغني (٢٥٦/٩)، الشرح الكبير (٣٠٤/٦).

(٢) انظر: المغني (٨٥/٩)، الشرح الكبير (١٨٩/٦).

(٣) انظر: الهداية (١٣٣/١)، المقنع (١٧/٢)، المحرر مع النكت والفوائد (٣٠٣/١)، منتهى الإرادات (٣٤٥/١).

(٤) انظر: المغني (٣٠٧/٩)، الشرح الكبير (٢٤٩/٦)، كشف القناع (٤١١/٦).

فصل

٧٤٢ - إذا تداعيا شاة مسلوخة في يد أحدهما أطرافها ورأسها وجلدها، وفي يد الآخر باقيها، وأقام كل منهما البينة بدعواه، قضى له بما في يد صاحبه^(١).

ولو ادعى كل منهما أنها ملكه نتجت في ملكه، قضى له بما في يده خاصة. والفرق: أن كلاً منهما بيته بيته خارج^(٢) بالنسبة إلى ما في يد الآخر، وبينه الخارج [مقدمة]^(٣).

بخلاف الثانية، فإن البينة شهدت بالتاج، وبينه الخارج مقدمة إلا إذا شهدت بيته الداخل بالتاج، فافترقا.

قلت: هذا على رواية ترجيح بيته التاج وما في معناه، مما يفيد سبق الملك. والصحيح: تقدم بيته الخارج مطلقاً^(٤)، والله أعلم.

فصل

٧٤٣ - إذا تداعيا عيناً في يد ثالث، فأقرّ بها لأحدهما ثم للآخر، دفعها إلى الأول، وقيمتها إلى الثاني.

ولو لم يقر للآخر، بل أقام الآخر بها بيته أخذها، ولم يلزم المقر للمقر له الأول شيء.

قلت: وقد تقدم هذا الفصل بعينه في كتاب الإقرار، لكن كرره فذكرته هنا تنبيهاً عليه، والله أعلم.

فصل

٧٤٤ - إذا أئلف على إنسان عبداً، أو قال: كان به عيب فنقصت قيمته، أخذ بقول مالكة في نفيه.

ولو قال مالكة: تعلم صنعة، فزادت قيمته، فأنكر المتلف، أخذ بقوله.

قلت: هذا الفصل تقدم بعينه في الغصب، وإنما ذكرته للتنبيه عليه.

فصل

٧٤٥ - إذا كان في يد مجهول النسب مال، فقال لمثله: مات أبي وأنت أخي،

(١) انظر: المغني (٢٧٨/٩)، الإنصاف (٣٧٣/١١)، الإمتاع (٤٢٠/٤).

(٢) انظر: المغني (٢٧٥/٩)، الإمتاع (٤٢٣/٤).

(٣) انظر: كشاف القناع (٣٨٦/٣).

(٤) انظر: المغني (٢٨١/٦)، الإنصاف (٣٨٠/١١)، الإمتاع (٤٢٣/٤)، متبى الإرادات (٦٣٣/٢).

فقال: بل هو أبي ولست أخِي، لم يقبل إنكاره^(١).

وإن قال: مات أبوك وأنا أخوك، فقال: بل هو أبي ولست أخِي، فالمال موروث عنه للمقر به^(٢).

[٨٤/ب] والفرق: أنه في الأولى اعترف أن الميت أبوه فالمال موروث عنه، فلو لم/ يقر بالأخ بعد ذلك لكان الظاهر معه، لكنه لما أقر بالأخ لزم كون نصف المال له، ولم يقبل قول المخاطب في إنكاره، لأنه باعترافه صار نسباً، فلو بطل نسبه بإنكاره لأبطل الفرع الأصل، وذلك لا يجوز له.

بخلاف الثانية، فإنه أقر أن الميت أبو المخاطب، فيكون هو وارثه، فيكون المال له، فافترقا^(٣).

فصل

٧٤٦ - قد قدمنا أنه إذا قال: مات أبي وأنت أخِي، فقال: لست أخِي، أنه لا يقبل إنكاره.

فلو قال: ماتت زوجتي وأنت أخوها، فقال: لست بزوجه، قبل إنكاره. في أصح الوجهين^(٤).

والفرق: أنه في الثانية اعترف له بالأخوة، وادعى الزوجية، والقول قول المنكر هنا حتى يقيم المدعي البينة.

بخلاف الأولى، فإن المقر اعترف بموت أبيه ونسب أخيه، فنسب أخيه فرع على نسبه، كما قدمنا، فظهر الفرق^(٥).

فصل

٧٤٧ - إذا ادعى نكاح امرأة فأقرت له، قبل إقرارها.

ولو ادعاه اثنان، لم يقبل إقرارها لأحدهما^(٦).

(١) الهداية (١٨٦/٢)، المقنع (٤٥٩/٢)، المحرر (٤٢٢/١)، منتهى الإرادات (١٠٩/٢).

(٢) الهداية (١٨٦/٢)، المقنع (٤٥٩/٢)، المحرر (٤٢٢/١)، منتهى الإرادات (١٠٩/٢).

(٣) الشرح الكبير (١٠٨/٤)، المبدع (٢٥٥/٦)، شرح منتهى الإرادات (٦٣٤/٢).

(٤) الهداية (١٨٦/٢)، المقنع (٤٥٩/٢)، المحرر (٤٢٢/١)، الإنصاف (٣٦٦/٧)، منتهى الإرادات (١٠٩/٢).

(٥) الشرح الكبير (١٠٨/٤)، المبدع (٢٥٦/٦)، شرح منتهى الإرادات (٦٣٤/٢).

(٦) المغني (٢٩٤/٩)، الشرح الكبير (٣٣٧/٦)، المحرر (٣٩٤/٢)، الفروع وتصحيحه (٦١٤/٦)، الإنصاف (١٥١/١٢)، الإصناع (٣٩٩/٤)، منتهى الإرادات (٦٩١/٢)، المتنبه (٤٩٨/٣).

والفرق: أنها في الأولى غير متهمة لتمكنها من تزوجه بولي أو حاكم من غير مانع.

بخلاف الثانية، فإنها متهمة بالميل إلى أحدهما^(١).

فصل

٧٤٨ - قد قررنا: أنه لا يقبل إقرارها لأحد المتداعيين نكاحها.

ويقبل إقرارها لأحد المتداعيين اشتراء سلعة بيدها منهما.

والفرق: وجود التهمة في الأولى، دون الثانية.

فصل

٧٤٩ - إذا قال: له عليّ مائة إلى سنة، قبل قوله، وكانت مؤجلة^(٢)، ولو ثبتت عليه بالبينّة، فادعى تأجيلها، لم يقبل.

والفرق: أن الأصل في الأولى ثبت بقوله، فثبت الوصف بقوله أيضاً^(٣).

بخلاف الثانية، فإن الأصل ثبت في ذمته بالبينّة، فلم يقبل قوله في صفته، كما لو ادعى إقباضه. والله تعالى أعلم.

كتاب الشهادات

فصل

٧٥٠ - إذا شهد أحد الشاهدين: أنه باعه داره أمس، والآخر: أنه باعه إياها اليوم، حكم بشهادتهما^(٤).

ولو شهد أحدهما: أنه غصبه عبده أمس، والآخر: أنه غصبه اليوم، لم يحكم بها^(٥).

والفرق: أن البيع قول يتكرر ويحكى، فإذا سمعا إقراره به في وقتين لم يؤثر،

(١) انظر: المغني (٢٩٤/٩)، الشرح الكبير (٣٣٧/٦)، النكت والفوائد (٣٩٥/٢)، كشاف القناع (٤٦٢/٦).

(٢) انظر: الهداية (١٥٨/٢)، المقنع (٧٤٣/٣)، كشاف القناع (٤٧١/٦).

(٣) انظر: الكافي ٤/٥٨٢.

(٤) الهداية (١٥٢/٢)، المقنع (٦٨٤/٣)، المحرر (١٤٠/٢)، منتهى الإرادات (٦٥٥/٢).

(٥) الهداية (١٥٢/٢)، المقنع (٦٨٢/٣)، المحرر (٢٣٩/٢)، منتهى الإرادات (٦٥٤/٢).

كما لو كان الإقرار بمال^(١).

بخلاف الغصب، فإنه فعل، والفعل أمس غير الفعل اليوم، فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، فلم يثبت بشهادتهما، كما لو اختلفا في بلد^(٢).

فصل

٧٥١ - إذا شهد أحدهما : أنه باعه داره أمس، وشهد الآخر : أنه باعه إياها اليوم، حكم بشهادتهما.

ولو شهد أحدهما : أنه تزوجها أمس، والآخر : اليوم، لم يحكم بشهادتهما^(٣). قلت : وهذا الفصل بعينه ذكره في كتاب الطلاق، لكنه ذكر الطلاق عوضاً عن البيع، وإنما سطرته ليعلم. والله تعالى أعلم.

فصل

[١/٨٥]

٧٥٢ - إذا ادعى : أن فلاناً أئلف عليه ثوبه الفلاني، فشهد له شاهد : أنه أئلفه يوم الخميس، وآخر : أنه أئلفه يوم الجمعة، لم تكمل شهادتهما، ولم يحكم بها، لكن يحلف المشهود له مع أحدهما، ويستحق [قيمه].

ولو كان مكان كل شاهد شاهدان، بطلت شهادة الجميع، ولم يلزم فلاناً شيئاً. والفرق : أن الإلتاف لا يمكن تكرره في العين الواحدة، فتعارضت البيتان فتسقطان، ولا يلزمه شيء.

بخلاف الأولى، فإن الواحد ليس بينة كاملة فلا تعارض، فيحلف مع من توافق شهادته دعواه، ويستحق قيمته.

فصل

٧٥٣ - إذا شهد اثنان : أنه قذف فلاناً يوم الخميس، واثنان : يوم الجمعة، ثبت ولزم الحد.

ولو كانت الشهادة بالقتل، لم يثبت.

والفرق : أن القذف قول يتكرر، فلا تعارض.

والقتل فعل واحد لا يتكرر، فإذا قتله يوم الخميس، استحال قتله يوم الجمعة،

(١) المغني (٩/٢٤٣)، الشرح الكبير (٦/٢٥٢)، المبدع (١٠/٢٠٨).

(٢) المغني (٩/٢٤١)، الشرح الكبير (٦/٢٥١)، المبدع (١٠/٢٠٧).

(٣) الهداية (٢/١٥٢)، المقنع (٣/٦٨٤)، الإمتاع (٤/٤٣٥)، منتهى الإرادات (٣/٦٥٥).

فيتعارضان ويسقطان^(١).

فصل

٧٥٤ - إذا شهد اثنان: أنه غصبه ثوباً معيناً يوم الخميس، واثنان: أنه غصبه يوم الجمعة، لزم ضمان الثوب^(٢).
ولو شهدا: أنه أحرقه يوم الخميس، وآخران: أنه أحرقه يوم الجمعة، لم يلزمه شيء.

والفرق: أن الغصب يتكرر في العين الواحدة لاحتمال أن يغصبه إياه يوم الخميس، ثم يستخلصه، ثم يغصبه يوم الجمعة، فيلزمه إعادته.
بخلاف إحراقه، فإنه لا يتكرر في العين الواحدة، فيستحيل الجمع بينهما.
فلو كان مكان كل شاهدين شاهد فقد سبق بيانه.

فصل

٧٥٥ - إذا شهد أحدهما: أن له عليه ألفاً، وشهد الآخر: أن له عليه ألفين، ثبتت ألف بشاهدين، ويحلف مع الآخر على استحقاق الألف الأخرى^(٣).
ولو شهد أحدهما بعشرين، والآخر بثلاثين، أو شهد أحدهما بألف، والآخر بخمسمائة، لم تثبت العشرون والخمسمائة إلا بشاهد واحد^(٤).
والفرق: أنهما في الأولى اتفقا على لفظ الألف، وانفرد أحدهما بعدد آخر، فثبت ما اتفقا عليه.

بخلاف الثانية، فإنهما لم يتفقا على لفظ واحد، وهذه الألفاظ متغايرة فلم يضم شهادة أحدهما إلى شهادة الآخر.

قلت: والصحيح من المذهب: ثبوت الأقل بشاهدين في الصور كلها.

فصل

٧٥٦ - إذا شهدا: أن له عليه ألفاً، ثم قال أحدهما: قضاه منها خمسمائة، بطلت شهادته.

(١) المغني (٢٤١/٩)، الشرح الكبير (٢٥٢/٦)، كشف القناع (٤١٤/٦).

(٢) المغني (٢٤٢/٩)، الشرح الكبير (٢٥٢/٦)، الفروع (٥٤٤/٦).

(٣) انظر: الكافي (٥٥٤/٤)، المحرر (٢٤١/٢)، منتهى الإرادات (٦٥٥/٢).

(٤) المغني (٢٦٤/٩)، المحرر (٢٤١/٢)، الفروع (٥٤٥/٦)، مطالب أولي النهى (٦٠٦/٦).

ولو شهدا: أنه أقرضه ألفاً، ثم قال أحدهما: قضاؤه منها خمسمائة، فشهادتهما صحيحة بالألف، ويحتاج قضاؤه الخمسمائة إلى شاهد أو يمين^(١).
قلت: نص عليهما^(٢).

[٨٥/ب] والفرق: أن قوله: عليه، وقضائه، متنافيان، لأنه إذا قضاؤه لا يكون له عليه/ فطلت.

بخلاف أقرضه، فإنه لا ينافي قضاؤه^(٣).

فصل

٧٥٧ - إذا شهد أحدهما: أن فلاناً سرق منه ثوباً قيمته خمسة، وآخر: أنه سرقه وقيمه عشرة، ثبتت الخمسة بشاهدين فيستحقها، والخمسة الأخرى يشاهد واحد، فله أن يحلف معه ويستحقها^(٤).

ولو شهد أحدهما: أنه باعه الثوب بخمسة، وآخر: أنه باعه إياه بعشرة، لم تكمل شهادتهما على بيع واحد^(٥).

والفرق: أنه لا تنافي بين شهادتهما في الأولى، لأن كل واحد يخبر عن ظنه واجتهاده، فثبت الأقل بهما، ويحلف مع الآخر^(٦).

بخلاف الثانية، فإنه لم يتفق الشاهدان على وجوب شيء من الثمن، فإن كل واحد شهد بنفي ما أثبتته الآخر، فلذلك لم تكمل شهادتهما على شيء حتى يثبت، فافترقا^(٧).

فصل

٧٥٨ - إذا ادعى على رجل: أنه غصب منه شيئاً، فحلف بالطلاق ما غصب، ثم ثبت عليه بعدلين، ألزم بالخروج منه، وطلقت زوجته.
ولو ثبت عليه برجل وامرأتين أو شاهد ويمين، ثبت المدعي، ولم تطلق

(١) المقنع (٣/٦٨٥)، المحرر (٢/٢٤٢)، الفروع (٦/٥٤٦)، منتهى الإرادات (٢/٦٥٦).

(٢) المحرر (٢/٢٤٢)، الفروع (٦/٥٤٦).

(٣) المغني (٩/٢٦٣)، الشرح الكبير (٦/٢٥٥)، كشاف القناع (٦/٤١٥).

(٤) الهداية (٢/١٤٥)، الكافي (٤/٥٥٧-٥٥٨)، المحرر (٢/٢٣٩)، منتهى الإرادات (٢/٢٤٦).

(٥) انظر: المغني (٩/٢٦٤)، الشرح الكبير (٦/٢٥٦).

(٦) المغني (٩/٢٦٥)، الشرح الكبير (٦/٣٣٨).

(٧) المغني (٩/٢٦٤)، الشرح الكبير (٦/٢٥٦).

زوجته^(١). ذكره القاضي في المجرد.

قال: والفرق: أن الشهادة تضمنت شيئين: وجوب ضمان المغضوب، ووقوع الطلاق، فإذا شهد عدلان ثبتا، لأنهما يثبتان بذلك.

بخلاف الرجل والمرأتين والشاهد واليمين، فإنه يجب به ضمان المغضوب لأنه ثبت به، ولا تطلق لأن الطلاق يفتقر إلى عدلين، وهذا كما قلنا في السرقة إذا ثبت بمثل ذلك: إنه يجب الغرم، دون القطع، لأنه مما يفتقر إلى رجلين فلا يثبت إلا بهما^(٢).

قلت: وهذا أحد الوجهين^(٣).

والوجه الآخر: أنه يحكم بوقوع الطلاق عند ثبوت الغصب.

واختاره السامري^(٤)، ولم يحكه عن غيره بل جعله من قوله ابتداء، فقال: وعندي أنه متى حكمنا بثبوت الغصب وجب الحكم بوقوع الطلاق، لوجود الصفة لا بالشهادة، لأن الشهادة ليست بالطلاق بل بالغصب، يدل على ذلك: أنه لو ادعى إنسان على آخر: أنه غصب منه مالا فأنكره، فشهد للمدعي بدعواه عدلان، وحكم الحاكم بشهادتهما، ثم مات الحاكم والشاهدان، ثم تزوج بعد ذلك رجل، فقال لزوجته: إن كان المدعى عليه غصب من المدعي ما ادعاه وحكم له به فأنت طالق، فإننا نحكم بوقوع طلاقه بوجود الصفة التي علق عليها الطلاق وهي الحكم، لا بالشهادة بالغصب، فدل على ما قلنا، وذكر لهذا نظائر يطول ذكرها، ولا يحتاج إليها.

وفرق بين مسألة السرقة التي نظر بها القاضي، وبين هذه: بأن الشهادة شهادة بأخذ المال، وبصفة أخذه وهي السرقة، وأحدهما وهي أخذ المال يثبت بهذه الشهادة، والآخر وهو السرقة الموجبة للقطع لا يثبت بها، فيثبت ما يثبت وإن لم يثبت الآخر، كما لو شهد رجل وامرأتان: أن فلاناً أخذ من ابن زيد ألفاً وقتله وحلق زيد مع شاهده فإنه/ تثبت الألف دون القتل، كذا مسألة السرقة.

[١/٨٦]

بخلاف الشهادة بالغصب، فإنها شهادة بالمال خاصة.

فصل

٧٥٩ - إذا شهد رجل وامرأتان: أنه أوضعه عمداً، لم تقبل شهادتهم.

(١) المغني (٩/١٥٤)، الإنصاف (٩/٨٢)، الإمتاع (٤/٤٤٧).

(٢) المغني (٩/١٥٤)، الشرح الكبير (٦/٢٩١)، مطالب أولي النهى (٦/٦٣٥).

(٣) انظر: الفروع (٥/٤٣١)، الإنصاف (٩/٨٢).

(٤) انظر: الإنصاف (٩/٨٢).

ولو شهدوا بالهاشمة، والمنقلة، والمأمومة، قبلت.
والفرق: أن الجناية في الأولى موجبة للقصاص، ولا تقبل فيما توجه شهادة النساء.
بخلاف الثانية، فإن تلك الجنايات لا توجب القصاص، بل المال، وشهادتهن بالمال مقبولة^(١).

فصل

٧٦٠ - إذا ادعى الزوج الخلع فأنكرته، فشهد له به رجل وامرأتان، ثبت.
ولو كانت هي المدعية، لم يثبت^(٢).
والفرق: أن دعواها به لا تتضمن مالاً، بل زوال النكاح، وذلك لا يثبت بذلك، كالطلاق.
بخلاف دعواه، فإنها تتضمن المال، وهو يثبت بذلك^(٣).

فصل

٧٦١ - إذا شهد بالمال رجل وامرأتان، أو رجل وحلف معه المدعي، حكم بذلك^(٤).
ولو لم تشهد به إلا امرأتان، لم يثبت المال يمينه مع شهادتهما^(٥).
والفرق: أن شهادة المرأتين إنما تقوم مقام شهادة رجل إذا شهد معهما رجل، فتكون شهادته أصلاً، وشهادتهما تبعاً.
أما إذا لم يشهد معها رجل فلا تقوم شهادتهما مقام شهادة رجل، فلم يكن للمدعي أن يحلف معهما^(٦).

-
- (١) المغني (٩٨/٨)، (١٥١/٩)، الشرح الكبير (٢٨٨/٦)، شرح منتهى الإرادات (٥٥٧/٣)، مطالب أولي النهى (٦٣١/٦-٦٣٢).
(٢) الهداية (١٥٢/٢)، المقنع (٧١١/٣)، المحرر (٣٢٦/٢)، منتهى الإرادات (٦٧١/٢).
(٣) المغني (١٥٥/٩)، الشرح الكبير (٢٩١/٦)، النكت والفوائد (٣٢٦/٢)، كشاف القناع (٦/٤٣٧).
(٤) الهداية (١٥١/٢)، المقنع (٧٠٨/٣)، المحرر (٣١٣/٢)، منتهى الإرادات (٦٧٠/٢).
(٥) الهداية (١٥١/٢)، الكافي (٥٣٩/٤)، المحرر (٣١٦/٢)، منتهى الإرادات (٦٧٠/٢).
(٦) انظر: المغني (١٥٤/٩)، الشرح الكبير (٢٨٩/٦)، شرح منتهى الإرادات (٥٥٧/٣)، مطالب أولي النهى (٦٣٢/٦).

فصل

٧٦٢ - إذا جرح رجل رجلاً فشهد له غير عمودي نسبه، كالأخ والعم: أنه جرحه عمداً، فإن كان قبل الاندمال، لم يقبل، وإن كان بعده، قبلت. والفرق: أن بعد الاندمال لا يتهمون في ذلك، لأنهم يثبتون بها حقاً، لا لأنفسهم.

بخلاف ما قبل الاندمال، فإنهم متهمون، لأنه ربما سرى فأهلكه، فتكون الشهادة جرت إليهم نفعاً، فلم تقبل^(١).

فلو شهدا قبل الاندمال ثم أعاداهما بعده، فهل تقبل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تقبل^(٢)، لأنها ردت للتهمة، فلم تقبل بعد ذلك.

والثاني: تقبل، لأن المعنى الذي ردت لأجله زال فقبلت.

فصل

٧٦٣ - إذا شهدا لموروثهما بدين وهو مريض، قبلت. في أحد الوجهين^(٣).

بخلاف المسألة المتقدمة.

والفرق: أن في الجرح ربما سرى فأهلكه، فورثا، فكأنهما شهدا لأنفسهما.

بخلاف الأولى، فإنهما يثبتان المال للمريض، ثم ينتقل إليهما بموته، فجاز، كما لو ادعى ديناً فشهد له به غريمه، فإنه يقبل، وإن كان ربما دفعه إليه^(٤).

فلو شهدا قبل الاندمال وهما محجوبان قبلت، لزوال التهمة^(٥).

فصل

٧٦٤ - فإن مات من يحجبهما بعد الشهادة وقبل الحكم بها، لم يحكم بها.

وإن كان بعد الحكم، لم ينتقض.

والفرق: أن ما يظهر بالشاهدين بعد الحكم لا يؤثر [كما لو فسقا بعد الحكم بشهادتهما].

(١) الكافي (٥٢٩/٤)، الشرح الكبير (٢٨٥/٦)، المحرر مع التكت والفوائد (٢/٢٩٥).

(٢) انظر: الكافي (٥٣١/٤)، المحرر (٣٠٩/٢)، تصحيح الفروع (٨٥٦/٦)، منتهى الإرادات (٢/٦٦٧).

(٣) الشرح الكبير (٢٨٥/٦)، الإنصاف (٧٢/١٢)، الامتاع (٤٤٢/٤)، منتهى الإرادات (٢/٦٦٦).

(٤) المغني (١٨٧/٩)، الشرح الكبير (٢٧٩/٦)، التكت والفوائد (٢/٢٩٥)، المبدع (١٠/٢٤٦).

(٥) الشرح الكبير (٢٨٥/٦).

بخلاف ما إذا مات قبل الحكم بشهادتهما، لأن ما يظهر بالشاهدين قبل الحكم يوجب تهمتهما في شهادتهما، فلم يحكم بها] كما لو فسقا بعد الشهادة وقبل الحكم، فإنه لا يحكم بشهادتهما^(١).

فصل

٧٦٥ - إذا خلف ثلاثة/ بنين وغيرهم من البنات والزوجات، فادعى أحد البنين: أن أباه وقف هذه الدار عليه وعلى إخوته خاصة، ومن مات منهم رجع سهمه إليهما، وبعدهم إلى أولادهم، فصدقاه، وكذبه البقية، فشهد بذلك عدل واحد، لم يحكم به حتى يحلفوا، ومن حلف كان ثلثها وقفاً عليه، والباقي للباقي، ونصيب من اعترف بالوقف ولم يحلف وقف، ونصيب غيره ميراث، فإذا حلفوا حكم به، فإذا انقضوا انتقلت - كما شرط الواقف - إلى أولادهم بغير يمين.

ولو لم يحلف الثلاثة وانقضوا لم تكن الدار وقفاً على أولادهم حتى يحلفوا مع الشاهد.

والفرق: أن الوقف في الأولى ثبت بالشاهد ويمين المدعي، وحكم به، فلم يتغير بانقراض أول بطن، كما لو ثبت بشاهدين.

بخلاف الثانية، فإن الوقف لم يثبت، فإذا ادعاه الأولاد كانوا بمنزلة آبائهم إن حلفوا حكم لهم به وإلا فلا^(٢).

فصل

٧٦٦ - قلت: فلو كانت دعوى الآباء: أن أبناءهم يشاركونهم، لم يحكم به حتى يحلف الآباء.

بخلاف التي قبلها.

وذلك لأن البنتين استويا في ذلك، فكما لا يحكم به حتى يحلف الأبناء، لا يحكم به هنا حتى يحلف الأبناء معهم^(٣).

فصل

٧٦٧ - إذا شهد صبي وعبد وكافر فلم تقبل، ثم أعادوها بعد الكمال، قبلت.

(١) الشرح الكبير (٦/٢٨٥-٢٨٦)، النكت والفوائد (٢/٢٩٢-٢٩٣).

(٢) المغني (٩/٢٢١-٢٢٢).

(٣) المقنع (٣/٧٠٥)، المحرر (٢/٢٠٨-٢٠٩)، الفروع (٦/٥٨٦)، منتهى الإرادات (٢/٦٦٧).

ولو ردت للفسق ثم أعادها بعد العدالة، لم تقبل^(١).
والفرق: أنه لا تهمة في الأولى، فإن رد شهادة أولئك لا يوهنهم ويضع منهم،
وليس مفارقة ما ردت الشهادة لأجله في حق غير الكافر من فعلهما ليهما فيها، ولا
يظن بالكافر أنه أسلم لتقبل شهادته.
بخلاف الفاسق، فإن رد شهادته تضييع منه، وهو من فعله، ويمكن أنه أظهر
العدل لتقبل شهادته.

فصل

٧٦٨ - تثبت الجناية الموجبة للقصاص فيما دون النفس برجلين.
وفيما يوجب القصاص في النفس روايتان^(٢).
والفرق: أن الجناية في الثانية توجب النفس، فلم يقبل دون الأربعة، كالزنا.
بخلاف الأولى، فإنها لا تتلف النفس^(٣).

فصل

٧٦٩ - تصح الشهادة بالإقرار بالمجهول.
ولا تصح بالمجهول.
والفرق: أن الإقرار بالمجهول يصح، كقوله: له علي شيء، ويلزم بتفسيره،
فصححت الشهادة به، والشهادة بالإقرار بالشيء غير الشهادة به، بدليل: ثبوت الإقرار
بالزنا باثنين، ولا يقبل في إثباته إلا أربعة، فيثبت ما ذكرنا.
بخلاف الشهادة بالمجهول، فإن البينة إنما سميت بينة لتبينها ما تشهد به
وكشفها عنه، / فإذا لم تبينه فليست بينة، فلا تقبل.
[١/٨٧]

فصل

٧٧٠ - إذا ادعى شراء دار وتسليم الثمن، وأقام بذلك شاهدين عدلين ولم
يسميا الثمن، والبائع ينكر قبضه، فشهادتهما باطلة.
ولو شهدا على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن ولم يسميا، فشهادتهما جائزة.

(١) المغني (٢٠٣/٩)، الشرح الكبير (٢٨٢/٦)، المبدع (٢٥٢/١٠)، مطالب أولي النهى (٦/٢٢٩).

(٢) انظر: الكافي (٥٣٧/٤)، المحرر (٣١٢/٢)، الفروع (٥٨٨/٦)، الإنصاف (٧٩/١٢)، غاية
المتهى (٤٨٢/٣).

(٣) انظر: المغني (١٤٩/٩)، الشرح الكبير (٢٨٤/٦).

قال السامري: والفرق بينهما ما ذكره الكرابيسي: أنهما لما شهدا بالبيع وقبض الثمن وجب الحكم به، فإذا كان مجهولاً فقد جهل في وقت يحتاج إلى الحكم به، فلو قضينا لقضينا بعقد بيع من غير ثمن وذلك لا يصح، فلم يجز القضاء بهذه الشهادة.

بخلاف ما إذا شهدا أن البائع أقر بقبض الثمن، فإنه لا يوجب الحكم بالثمن بعد القبض، فقد جهل في وقت لا يحتاج إلى الحكم به، فلم يمنع صحته.

قال السامري: والفرق عندي: أن شهادتهما بالبيع بثمان تسلمه البائع شهادة بقبض البائع للثمن، فإذا لم يسميا مبلغه فإن هذه الشهادة لا تقبل، وإذا لم تقبل بطل ذكر الثمن، وإذا بطل ذكره بقي مجرد الشهادة بالمبيع من غير الثمن، وهذه الشهادة لا تصح.

بخلاف ما إذا شهدا على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن، فإنهما قد شهدا عليه بما يصح به البيع، فهو كما لو شهدا أنه باع بقطعة ذهب معينة في العقد، مجهولة الوزن والقيمة، وقبضها، فإنه يصح، لأن المقصود معرفة المتبايعين بالعوضين وهو حاصل، فلا يقدح في ذلك جهل الشهود، كما لو أقر البائع بذلك عند الحاكم فإنه يصح، ولا يسأله عن الثمن، فكذا هنا.

قلت: وفيما حكاه عن الكرابيسي نظر، فإن الموجود في فروقه خلاف ما سطره عنه.

فإن الكرابيسي قال: مسألة: إذا ادعى شراء دار، وشهد له شاهدان بالشراء ولم يسميا الثمن، والبائع ينكر البيع فشهادتهما باطلة.

ومثله لو شهدا على إقرار البائع بالبيع وقبض الثمن، ولم يسمياه فشهادتهما جائزة.

والفرق: أن البيع لا يعرى عن الثمن ولا يتم إلا به، فالحكم بالبيع يوجب الحكم بالثمن إذا كان قبل القبض، فإذا لم يسميا الثمن فقد جهل مقداره فلا يمكن الحكم به، فقد جهل الثمن في وقت يجب الحكم به، وجهالة ما يجب الحكم به تمنع صحته، كبيع شيء مجهول ونحوه.

ولا كذلك بعد القبض، لأن الحكم لا يجب بالثمن بعد قبضه، فقد جهل الثمن في وقت لا يجب الحكم به، وجهالة ما لا يجب الحكم به لا تمنع صحة الحكم، كما لو جهلا الكيس الذي هو فيه فإنه/ لا يقدح في شهادتهما، فكذلك ها هنا. هذا آخر كلامه.

والفرق بين ما ذكره السامري أولاً، وبين ما بدا به الكرابيسي واضح، فإن

السامري فرض الدعوى في المسألة الأولى بالشراية وتسليم الثمن، وأن الشاهدين لم يسميا الثمن، ثم ذكر فرق الكرابيسي.

والكرابيسي لم يذكر في الأولى أن المشتري ادعى تسليم الثمن، وإنما ذكر الدعوى بالشراء كما قد رأيت كلامه، ولا ريب أن الحق فيما فرضه الكرابيسي، لأن الثمن يحتاج إلى قبضه في الأولى. فلا بد من العلم به.

وأما في الثانية فلا حاجة إلى ذلك، لأن الشهادة بالقبض تبرئ ذمة المشتري، وبعد براءتها لا حاجة إلى معرفة ما برئت منه.

وما نقل السامري فلا يجيء الفرق، فإن الشهادة وقعت بقبض الثمن في المسألتين، فلم يبق فرق، وهذا ظاهر لا يحتاج إلى زيادة إيضاح.

ثم قول السامري في فروقه: فإذا لم يسميا يعني: في الأولى، لم تقبل شهادتهما، كما لو شهدا أنه قبض من فلان غصباً أو قرضاً ولم يسميا مبلغه، فإنه لا تصح شهادتهما بذلك.

فقال الوالد: إنما لم تقبل شهادتهما في هاتين لمعنى مفقود في مسألة الفرق، وهو أنه يجب في القرض والغصب رد الخصم به.

بخلاف صورة الفرق، فإن البائع لا يسترد منه الثمن في هذه الحالة، ولا المقصود من شهادتهما استرجاعه، وإنما القصد ثبوت عقد البيع مع براءة ذمة المشتري من الثمن الذي شهدا به، فالمقصود في الأصل بخلاف المقصود في الفرع فانقطع الإلحاق.

فصل

٧٧١ - إذا شهد شاهدان: أن عمراً وهب عبده من زيد، وأقبضه إياه، وآخران:

أنه وهبه من خالد، وأقبضه إياه، وجهل أسبقهما، أقرع بينهما، فمن قرع أخذه.

ولو شهد اثنان: أن فلاناً وصى بثلثه لزيد، واثنان: أنه وصى به لعمرو لم

يقرع، وكان بينهما.

والفرق: أنه لا يتصور الحكم بالعقدين في الأولى، لأنه متى علم أسبقهما كان

هو الصحيح، ولم يصح الذي بعده بل يقع باطلاً، فحيث جهل الصحيح منهما فقد تساوى في جهة الاستحقاق، فوجب إخراج المستحق بالقرعة، كما لو أعتق عبداً من عبده لا بعينه.

بخلاف الثانية، فإن الوصيتين صحيحتان، ويكون الثلث بينهما، لاستوائهما في

الاستحقاق.

فصل

٧٧٢ - إذا سمع شاهدان رجلاً يقر بشيء، جاز أن يشهدا عليه به ولو لم يقل لهما: اشهدا علي^(١).

ولو سمعا شاهدين يقولان: نشهد على فلان بكذا، لم يجوز أن يشهدا على شهادتهما^(٢).

والفرق: أن الشهادة غير موجبة/ للحق بنفسها، بدليل: أن للقاضي اجتهاداً في قبولها وردّها، ولو رجع الشاهد عنها صح رجوعه، فشهود الفرع لم يستدركوا المعنى الموجب للحق، فلم يسعهما أن يشهدا بالشهادة، كما لو سمعا رجلاً يوكل وكيلاً في بيع شيء، فإنهما لا يجوز لهما أن يبيعا، كذا هنا.

بخلاف الإقرار، فإنه موجب للحق فلا اجتهاد للحاكم فيه، فقد استدركا المعنى الموجب للحق، فوسعهما الشهادة به^(٣).

فصل

٧٧٣ - ذكر القاضي في كتاب إبطال الحيل: إذا وصى إلى رجلين فقبلاً ثم مات، والوصيان يعلمان أن لرجل عليه ديناً فقضاه، ثم شهدا به، لم تقبل شهادتهما. ولو شهدا قبل الإقباض، قبلت.

والفرق: وجود التهمة في الأولى، دون الثانية.

فصل

٧٧٤ - إذا أوصى إلى رجلين بالنظر في أمر أطفاله، فبلغ بعضهم وفك حجره، فغصب من كل منهم شيء، فشهد الوصيان بذلك، قبلت شهادتهما للكبار، دون الصغار.

والفرق: ما تقدم^(٤).

فصل

٧٧٥ - إذا كان في يد رجل جارية ولها ولد، فادعى رجل: أنها أم ولده

(١) انظر: المقنع (٣/٦٨٢)، المحرر (٢/٢٤٤)، الإمتاع (٤/٤٣٢)، الإرادات (٢/٦٥٠).

(٢) المقنع (٣/٧١٣)، المحرر (٢/٣٣٧)، الإقناع (٤/٤٤٨)، الإرادات (٢/٦٧٣).

(٣) المغني (٩/٢١٠)، الشرح الكبير (٦/٢٩٤)، النكت والفوائد (٢/٣٣٧).

(٤) المغني (٩/٢٦٩-٢٧٠)، الشرح الكبير (٦/٢٨٠)، حاشية المقنع (٣/٧٠٣).

وولدها منه حر، فأنكره، فشهد له بدعواه رجل وامرأتان، قضى له بالجارية، وأنها أم ولده، ولم يثبت نسب الولد منه، ولا حرته. على إحدى الروايتين.

والفرق: أن دعوى كونها أم ولده دعوى مال، بدليل: أنها تضمنت بالمال، فلذلك ثبت له برجل وامرأتين.

بخلاف دعواه في ولدها، فإنه لا يدعي ملكه وإنما يدعي نسبه وحرته، وذلك لا يثبت إلا بعدلين.

فصل

٧٧٦ - يثبت الوقف برجل وامرأتين، وشاهد ويمين^(١).

ولا يثبت العتق إلا بشهادة رجلين، في المشهور من المذهب^(٢).

والفرق: أن الوقف لا يخرج الموقوف عن المالية، ودعوى المال تثبت بذلك.

بخلاف العتق، فإنه ليس مالا ولا يؤول إليه، فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين، كالطلاق^(٣).

فصل

٧٧٧ - يحد شارب النبيذ المعتقد بإباحته.

وتقبل شهادته^(٤).

والفرق: أن الحد يجب لورود الأخبار الواردة الصحيحة في تحريم كل مسكر، والنبيذ مسكر، والعلة الموجبة للحد في الخمر مثلها موجود في النبيذ، فوجب الحد زجراً وردعاً.

وأما قبول شهادته فمعتبر بالعدالة، وهي مبنية على العقيدة، فالشارب له معتقداً حله لم يرتكب محرماً عنده، فلم يفسق، فقبلت شهادته.

٧٧٨ - قد تقدم: أن الشارب للنبيذ معتقداً بإباحته، يحد.

ولو نكح نكاحاً مختلفاً فيه معتقداً بإباحته لم يحد^(٥).

(١) المحرر (٣١٣/٢)، الفروع (٥٨٩/٦)، الإمتاع (٤٤٥/٤)، الإرادات (٦٦٩/٢).

(٢) الكافي (٥٣٨-٥٣٩/٤)، تصحيح الفروع (٥٩١/٦)، الإمتاع (٤٤٥/٤)، منتهى الإرادات (٢/٢)، ٦٦٩، الروض المربع (٣٧٦/٢).

(٣) الكافي (٥٣٩/٤)، المغني (١٥٠/٩)، الشرح الكبير (٢٨٧/٦)، حاشية المقنع (٧٠٨/٣).

(٤) الهداية (١٥٠/٢)، المغني (١٨١/٩)، المحرر مع النكت (٢٥٩/٢).

(٥) الهداية (٩٩/٢)، الكافي (٢٠٢/٤)، المحرر (١٥٣/٢)، الإمتاع (٢٥٤/٤).

[٨٨/ب] والفرق: أن النكاح اجتمع فيه عقد واعتقاد، فصار ذلك شبهة/ في إسقاط الحد، كما لو اشترى جارية فوطئها، فبانت مغصوبة فإنه لا يلزمه الحد، كذا هنا. بخلاف شارب النبيذ.

قلت: وفرّق أبو محمد في المغني^(١): بأن في النكاح بلا ولي كفاً عما هو أعظم منه، وهو الزنا.

بخلاف شرب النبيذ، فإن شرب قليله المختلف فيه يفضي إلى شرب كثيره المتفق على تحريمه، فلذلك افترقا.

وفرّق الإمام أبو محمد بن عبد السلام الشافعي^(٢)، في قواعده: بأن مفسدة الزنا لا تتحقق في النكاح المختلف فيه، فإنه يوجب المهر والعدة ويلحق النسب، بخلاف الزنا، فإنه يقطع الأنساب، ولا يوجب مهراً ولا عدة. والمفسدة في شرب النبيذ مثلها في شرب الخمر من غير فرق.

فصل

٧٧٩ - إذا شهد العدول عند الحاكم بحق، ثم جنوا، أو عموأ، أو خرسوا قبل الحكم، جاز أن يحكم بها^(٣).

ولو فسقوا قبل الحكم، لم يحكم^(٤).

والفرق: أن الحادث في الأولى غير موجود قبل الشهادة، فلم يقدح في شهادة الشهود، كموتهم.

بخلاف الفسق، لأن الإنسان إذا ارتكب ما يوجب الفسق فالظاهر من حاله ارتكاب مثله قبل أداء الشهادة، فقويت التهمة في حقه واعترضت على أصل الشهادة، ومتى اتهم الحاكم الشهود قبل الحكم لم يحكم^(٥)، والله أعلم.

كتاب العتق

فصل

٧٨٠ - إذا أعتق موسر شركاً له في عبد عتق كله، وقوم عليه نصيب شريكه^(٦).

(١) (٣٠٦/٨).

(٢) طبقات الشافعية الكبرى (٢٠٩/٨)، طبقات المفسرين (٣٠٩/١)، شذرات الذهب (٣٠١/٥).

(٣) الكافي (٥٣٦/٤)، المحرر (٣١٠/٢)، الفروع (٥٨٦/٦)، الإمتاع (٤٤١/٤).

(٤) الكافي (٥٣٥/٤)، المحرر (٣١١/٢)، الفروع (٥٨٦/٦)، الإمتاع (٤٤٤/٤).

(٥) المغني (٢٠٥/٩)، الشرح الكبير (٢٧٥/٦)، المبدع (٢٣٩/١٠).

(٦) الهداية (٢٣٥/١)، المقنع (٤٨١/٢)، المحرر (٥/٢)، منتهى الإرادات (١٢٤/٢).

ولو وصى بعتق عبد باقيه له أو لغيره، فأعتق بعد موته، وثلكه يحتمله كله، لم يقوم عليه باقيه. في إحدى الروايتين^(١).

والفرق: أن ما يباشر عتقه في حال حياته يمكن تقويم باقيه لوجود اليسار. وما يعتق عنه بعد موته لا يمكن تقويم الباقي لزوال ملكه عن المال بموته^(٢).

فصل

٧٨١ - إذا قال أحد الشريكين لشريكه الموسر: إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر، فأعتق الشريك، عتق الباقي بالسراية مضموناً.

ولو قال: فنصيبى مع نصيبك حر، عتق بالشرط مجاناً^(٣).

والفرق: أنه في الأولى علق عتق نصيبه على شرط، وهو عتق شريكه لنصيبه، والمشروط لا يسبق شرطه ولا يقارنه بل يترتب عليه، فإذا أعتق شريكه عتق نصيبه بنفس تلفظه بعتق نصيبه، فلذلك ضمنه.

وأما في الثانية، فإن القائل جعل عتق نصيبه مقروناً بعتق شريكه فعتقا معاً، لا بالسراية بل بإعتاق المالك، فلذلك لا ضمان على الشريك^(٤).

فصل

٧٨٢ - عبد بين شريكين قيمة كل نصيب عشرة دنانير، فقال رجل لا يملك غيرها لأحدهما: أعتق نصيبك عني وعليّ هذه العشرة، ففعل عتق، ولم يسر/ العتق [١/٨٩] إلى نصيب الشريك.

ولو قال: أعتق نصيبك عني، وعليّ عشرة، ففعل، سرى العتق إلى نصيب الشريك، وعتق الجميع على القائل.

والفرق: أن المعتق ملك في الأولى الدنانير المعينة، لأن النقود تتعين بالتعيين، فلم يبق في ملك طالب العتق شيء فصار معسراً.

بخلاف الثانية: فإنه لما استدعى العتق بدنانير في الذمة صار كما لو اشترى النصيب بدنانير في ذمته ثم أعتقه وفي ملكه تلك الدنانير مالاً لقيمته، فلذلك عتق عليه.

(١) المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٣٧٤/٦)، الإنصاف (٤٢٩/٧)، مطالب أولي النهى (٦/٧١٨).

(٢) المغني (٣٦٩/٩)، الشرح الكبير (٣٧٤/٦).

(٣) الهداية (٢٣٦/١)، المقنع (٤٨٤-٤٨٥/٢)، المحرر (٦-٥/٢)، منتهى الإرادات (١٢٦/٢).

(٤) المغني (٣٤٠/٩)، الشرح الكبير (٣٦٣/٦)، كشف القناع (٥٢٠/٤).

فصل

٧٨٣ - إذا كان لرجل نصفاً عبدین قيمتهما سواء، لا مال له غيرهما، فأعتق نصيبه منهما بكلمة واحدة، عتق عليه نصيباه منهما خاصة، ولم يقوم عليه شيء آخر من باقيهما.

ولو أعتق نصيبه من أحدهما ثم من الآخر، عتق نصيباه، ويسري إلى نصيب شريكه في الأول، ولا يسري إلى الثاني^(١).

والفرق: أنه إذا أعتقهما بكلمة واحدة عتقا، ولا ملك له غيرهما، فلذا لم يقوم عليه شيء من باقيهما.

بخلاف الثانية، فإنه لما أعتق الأول كان مالكا للنصيب الآخر، وذلك يفي بنصيب شريكه فقوم عليه، فلما أعتق الآخر كان معسراً فلم يسر العتق. فافترقا^(٢).

قلت: قال الوالد: هذا الفصل والذي قبله إنما يتجهان على مذهب الشافعي، لكون الدين عنده هنا كالدين في باب الزكاة، وهو غير مانع من إيجابها هناك، فكذا هنا لا يمنع وجود السراية، والجامع بينهما: كون كل منهما حق لله.

ومذهبنا: على خلاف ما قرره المصنف في الفصلين من كتب الشافعية، وقد شاهدنا ذلك.

والذي ذكره الوالد ظاهر في الفصل الأول، لأن قياس المذهب على ما ذكره عدم السراية في الصورة الثانية، لأن المال الذي عتق العبد عليه صار ديناً في ذمة معتقه، والدين يمنع السراية^(٣).

وأما هذا الفصل، فإن الصورة الثانية وهي مسألة السراية لا دين فيها، فلا يتوجه الأخذ حيثئذ، فتأمل.

فصل

٧٨٤ - عبد بين ثلاثة، شهد اثنان منهم [على الثالث]: أنه أعتق نصيبه وهو معسر، قبلت شهادتهما.

ولو كان موسراً، لم تقبل.

(١) المغني (٣٥٧/٩)، الشرح الكبير (٣٦٤/٦).

(٢) المغني (٣٥٧/٩)، الشرح الكبير (٣٦٤/٦).

(٣) الكافي (٥٧٦/٢)، المحرر (٥/٢)، منتهى الإرادات (١٢٤/٢).

والفرق: أنه إذا كان معسراً فلا تهمة في شهادتهما .
 بخلاف الثانية، فإنه إذا كان موسراً فهما متهمان في شهادتهما لإيجاب قيمة نصيبهما عليه بالسراية^(١).
 إذا تقرر هذا، فهل يعتق نصيبهما؟ فيه وجهان:
 أشهرهما: يعتق.

فصل

٧٨٥ - عبد بين شريكين رأيا طائراً، فقال أحدهما: إن كان غراباً فنصيبه حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فنصيبه حر، وغاب ولم يعلم خبره، فأحدهما حانث بيقين.

فإن كانا موسرين عتق جميع العبد لاعتراف/ كل منهما بعتق نصيب الآخر [٨٩/ب] بالحنث، وعتق نصيبه بالسراية.

وإن كان أحدهما معسراً عتق نصيبه خاصة، لأنه معترف بعتق نصيب شريكه بالحنث، ونصيبه بالسراية، فلا يقبل في حق شريكه، ويقبل في حق نفسه.
 وإن كانا معسرين فأحدهما حانث بيقين، ولا يعتق شيء من العبد، لأن ملك كل منهما ثابت في نصيبه بيقين، فلا يزول بالشك.

وإن باع كل واحد منهما نصيبه لأجنبي كان المشتريان بمنزلةتهما.
 وإن باعاه من أجنبي عتق نصفه لتيقن حرية النصف في حقه، بخلاف ما لو باعاه من اثنين^(٢).

والفرق: أنه إذا باعاه من اثنين فكل واحد لا يعترف بحرية ما اشتراه.
 وأما إذا اشتراه منهما واحد فإنه يعترف أن نصف العبد حر بيقين، فلا يثبت له ملك على ما هو معترف بحريته، فافترقا.

فصل

٧٨٦ - إذا قال: إن كان حملك غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة، فبان ذكراً وأنثى، لم يعتق واحد منهما.
 ولو قال بدل إن كان حملك: إن كان في بطنك، عتقا.

(١) روضة الطالبين (١٢/١٣٠).

(٢) المغني (٩/٣٤٩).

والفرق: أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، فشرط حثته: كون ما في البطن غلاماً أو جارية، فإذا كانت حاملاً بهما، لم يوجد شرط العتق.
بخلاف الثانية، فإن من كانا في بطنها ففي بطنها أحدهما، وقد تقدم مثله في الطلاق.

فصل

٧٨٧ - إذا قال لعبديه: إذا جاء غد فأحذكما حر، فجاء الغد وهما في ملكه، أخرج المعتق بالقرعة.
فإن مات أحدهما أو باعه، عتق الباقي في ملكه.
والفرق: ما تقدم في الطلاق.

فصل

٧٨٨ - فإن كانت بحالها، فباع نصف أحدهما قبل الغد، أقرع بين العبد ونصف الآخر، فإن خرجت على العبد عتق، واستقر ملكه على نصف الآخر.
وإن خرجت للنصف عتق وسرى إلى باقيه، وقوم عليه^(١).

فصل

٧٨٩ - إذا قال لعبده: إن ملكتك فأنت حر، عتق.
ولو قال: إن اشتريتك فأنت حر، لم يعتق.
والفرق: أن بقاءه في ملكه ملكه، وبقاؤه على الشراء ليس شراء، فتفارقا.

فصل

٧٩٠ - إذا قال لرجل: أعتق عبدك هذا وعليّ ثمنه، فالثمن على السائل، والولاء والعتق للمسؤول.

ولو قال: أعتقه عني، فالعتق والولاء للسائل.

والفرق: أنه في الأولى قد أعتقه المعتق عن نفسه لا عن السائل، فلذلك كان الولاء له، لقوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق» متفق عليه^(٢)، وإنما لزمه ثمنه لأن عتق العبد إتلاف من السائل، استدعى ذلك بشرط الضمان فلزمه، كقوله: ألق متاعك

(١) انظر: المغني (٢٥٣/٧)، الشرح الكبير (٥١٢/٤).

(٢) (ج) أخرجه البخاري (١٧٤/١) - ح (٤٤٤)، ومسلم (١١٤١/٢) - ح (١٥٠٤).

في البحر، وعليّ ثمنه.

بخلاف الثانية، فإنه إذا أعتقه عن السائل بأمره صار/ كالمملك له، ودخل في [١/٩٠] ملك السائل وعتق عليه، ولا يفتقر إلى قبض، لكونه متعيناً، فإذا ملكه وقع العتق عنه، وكان الولاء له.

فصل

٧٩١ - إذا أعتق الأمة الحامل، عتق حملها.

وإن أعتق الحمل، لم تعتق أمه^(١).

والفرق: أن الولد يعتق بعنق أمه تبعاً، كما يتبعها في البيع والهبة.

بخلاف الثانية، فإن الأمة لا تتبعه في الوصية، فلذلك عتق بعثتها، ولم تعتق بعثته^(٢).

كتاب التدبير

فصل

٧٩٢ - إذا كان العبد لواحد فقال: إذا مت فأنت حر، صار مدبراً^(٣).

ولو كان لاثنتين فقالا: إذا متنا فأنت حر، لم يصير مدبراً^(٤).

والفرق: أنه إذا كان لواحد فعتقه معلق على موته خاصة، فلذلك كان مدبراً.

وفي الثانية علق عتقه بموتهما، فقد علق كل واحد عتق نصيبه بموته وموت شريكه، فلا يعتق منه شيء ما دام أحدهما حياً، فإن ماتا معاً عتق العبد لوجود الصفة.

فإن مات أحدهما كان نصيبه لوارثه، ويصير نصيبه مدبراً لانتقاله إلى الوارث قبل موت الآخر، كما لو قال: أنت حر بعد موتي بشهر. على المشهور من المذهب^(٥).

(١) الهداية (٢٣٧/١)، المقنع (٤٧٨/٢)، المحرر (٤/٢)، الإمتاع (١٣٢/٣).

(٢) الكافي (٥٨٥/٢)، الشرح الكبير (٣٥٠/٦)، كشاف القناع (٥١٢/٤).

(٣) انظر: الهداية (٢٣٩/١)، الفروع (١٠١/٤)، الإنصاف (٤٣٢/٧)، الإمتاع (١٤٠/٣).

(٤) المغني (٣٩٢/٩)، الفروع (١٠١/٥)، الإنصاف (٤٣٢/٧)، منتهى الإرادات (١٣٤/٢٠)، مطالب أولي النهى (٧٢٢/٤).

(٥) الروايتين والوجهين (١١٨/٣)، المقنع وحاشيته (٤٨٦/٢)، المحرر (٦/٢)، تصحيح الفروع (٥/١٠٢)، منتهى الإرادات (١٢٧/٢).

فصل

٧٩٣ - إذا حدث للمدبرة أولاد بعد تدبيرها، ثم رجع سيدها في تدبيرها، لم يبطل التدبير في حق أولادها^(١).

ولو حدث للمكاتبة أولاد بعد الكتابة ثم عجزت، رقت ورق أولادها^(٢).

والفرق: أن أولاد المدبرة مدبرون، بدليل: ما لو ضاق الثلث عنها وعنهم لم تقدم عليهم، بل يقرع، فالرجوع في تدبيرها ليس رجوعاً في تدبيرهم، كما لو دبرهم بألفاظ مختلفة^(٣).

بخلاف أولاد المكاتبة، فإنهم غير مكاتبين، لأن الولد لا يتبع أمه في العقود، كالبيع، وإنما ثبت لهم حرمة الأم على سبيل التبعية، فيتبعونها في الحرية والرق.

فصل

٧٩٤ - إذا دبر أمة ثم ولدت، ثم ماتت قبل موت سيدها، عتق الأولاد بموته^(٤).

ولو علق عتقها بصفة [كقوله: إن دخلت الدار فأنت حرة] فماتت قبل وجودها وبعد أن ولدت أولاداً، لم يعتقوا بوجود الصفة فيهم^(٥).

والفرق: أن أولاد المدبرة مدبرون، كما قررنا.

بخلاف أولاد المعلق عتقها بصفة، فإنهم لم يتعلق عتقهم بتلك الصفة.

بدليل: أنهم لو دخلوا الدار مثلاً ولم تدخلها أمهم وهي في ملك السيد لم يعتقوا، ولو كان قد تعلق عتقهم عتقوا، فدل أن عتقهم لم يتعلق، فظهر الفرق^(٦).

فصل

٧٩٥ - إذا عتقت المدبرة بموت سيدها، ثم اختلفت هي والوارث في مال بيدها، فقال الوارث: كسبته قبل الموت فهو إرث، فقالت: بل بعده فهو ملكي، أخذ بقولها.

(١) انظر: الهداية (٢٣٩/١)، الكافي (٥٩٤/٢)، الإمتاع (١٤١/٣).

(٢) المغني (٤٨٧/٩)، الشرح الكبير (٤١٩/٦).

(٣) المغني (٣٩٨/٩)، الشرح الكبير (٣٩٠/٦)، المبدع (٣٣٠/٦).

(٤) المغني (٣٩٨/٩)، الشرح الكبير (٣٩٠/٦)، كشف القناع (٥٣٦/٤)، مطالب أولي النهى (٤/٧٢٦).

(٥) المغني (٣٨٢/٩)، الكافي (٥٨٩/٢)، المبدع (٣١٣/٦).

(٦) المغني (٣٨٢/٩)، الكافي (٥٨٩/٢).

ولو اختلفا في ولدها/، فقال: ولدتيه قبل التدبير فهو مملوكي، فقال: بل بعده [٩٠/ب] فهو حر، أخذ بقوله.

والفرق: أن الأصل في الولد الرق، لأنه ولد مملوكة، فالقول قول من يدعيه. بخلاف الثانية، فإن الأصل عدم المال، ويدها عليه، فأخذ بقولها: إنه ملكها.

فصل

٧٩٦ - إذا قال: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي، فدخلها في حياته صار مديراً، ولو دخلها بعد موته، لم يعتق بحال^(١).

ولو قال: إن دخلت الدار بعد وفاتي فأنت حر، فدخلها بعد موته عتق. في إحدى الروايتين^(٢).

والفرق: أنه في الأولى عقد الصفة حال الحياة، فإذا مات العاقد قبل وجودها بطلت^(٣).

بخلاف الثانية، فإن الصفة عقدت بعد الموت، فصار كقوله: أنت حر بعد موتي^(٤).

فصل

٧٩٧ - إذا قال له: إن شئت فأنت مدبر، اختصت مشيئته بالمجلس^(٥).

ولو قال: متى شئت لم تختص، بل هي على التراخي^(٦).

[والفرق: أن متى للأزمان، فمعناه: أي وقت وأي زمان شئت فأنت مدبر، فلذلك كانت على التراخي].

بخلاف إن وإذا، فإنهما ليسا للزمان، ولا يعمان الأوقات، بخلاف متى.

قلت: واختار صاحب المحرر: أن متى مثل إن^(٧).

(١) الهداية (٢٣٥/١)، الكافي (٥٩١/٢)، الإمتاع (١٣٦/٣)، منتهى الإرادات (٦٥٦/٢).

(٢) الكافي (٥٨٨/٢)، الشرح الكبير (٣٦٧/٦)، الإنصاف (٤١٥/٧)، الإمتاع (١٣٦/٣).

(٣) المغني (٣٨٨/٩)، الشرح الكبير (٣٦٨/٦)، كشف القناع (٥٢٢/٤).

(٤) الكافي (٥٨٨/٢)، المغني (٣٨٨/٩)، الشرح الكبير (٣٦٧/٦).

(٥) المقنع (٤٩٤/٢)، المحرر (٦/٢)، الفروع (١٠١/٥)، الإنصاف (٤٣٣/٧)، الإمتاع (١٤٠/٣).

(٦) المقنع (٤٩٤/٢)، المحرر (٦/٢)، الفروع (١٠١/٥)، الإنصاف (٤٣٣/٧)، الإمتاع (١٤٠/٣).

(٧) انظر: المحرر (٦/٢).

باب الكتابة

فصل

٧٩٨ - إذا فسدت الكتابة لجهل العوض أو غيره، غلب فيها حكم الصفة، فتكون جائزة من الطرفين.

ولو قال لعبده: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر، لم يكن للسيد إبطالها مع بقاء الملك^(١).

والفرق: أن الصفة بالكتابة الفاسدة حق ألزمه السيد نفسه في مقابلة حق له، فإذا لم يسلم ماله، لم يسلم ما عليه، كالبيع^(٢).

بخلاف الثانية، فإنها صفة محضة ألزمها نفسه متبرعاً من غير عقد معاوضة، فلم يكن له ولا للعبد رفعها^(٣).

فصل

٧٩٩ - إذا اتفق السيد والمكاتب على فسخها، انفسخت.

ولو اتفقا على فسخ التعليق، لم يفسخ.

والفرق: أن المقلب في الكتابة حكم المعاوضة، فلهذا انفسخت بفسخها، كالبيع^(٤).

بخلاف التعليق، فإنه لا يفسخ، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر، فإنه لا يفسخ، كذا هنا.

فصل

٨٠٠ - الكتابة الفاسدة تنسخ بجنون السيد^(٥)، دون الصحيحة.

والفرق: أن الفاسدة جائزة فانفسخت بذلك، كالوكالة^(٦).

(١) الهداية (٢٤١/١)، المقنع (٥١٥/٢)، الإنصاف (٤٨٤/٧)، الإمتاع (١٥٣/٣)، منتهى الإرادات (١٤٥/٢).

(٢) الهداية (٢٤١/١)، المقنع (٥١٥/٢)، الإنصاف (٤٨٤/٧)، الإمتاع (١٥٣/٣).

(٣) انظر: المغني (٤٦٥/٩)، الشرح الكبير (٤٥٧/٦)، كشاف القناع (٥٦٤/٤).

(٤) المقنع (١١٥/٢)، المحرر (٣٤٠/١)، الإمتاع (١٨٠/٢)، منتهى الإرادات (٤١٢/١).

(٥) انظر: الروايتين والوجهين (٣٨١/١)، (١٢١/٣)، المغني (٥٩٥/٤)، كشاف القناع (٣٧٠/٣).

(٦) الكافي (٦٠٥/٢)، الإنصاف (٤٦٧/٧)، الإمتاع (١٤٨/٣)، منتهى الإرادات (١٤١/٢).

والصحيحة لازمة فلم تنفسخ، كالبيع^(١).

فصل

٨٠١ - الفاسدة تبطل بجنون السيد، دون العبد.

والفرق: أن العبد قبل الجنون محجور عليه، ولم يمنع ذلك ابتداء العقد،
فالحجر عليه بالجنون لا يمنع استدامته.

بخلاف السيد، فالحجر عليه بالجنون يمنع ابتداء عقد الكتابة، فمنع استدامته
الفاسدة.

فصل

٨٠٢ - الكتابة الصحيحة لا تبطل بموت السيد^(٢).

وتبطل بموت المكاتب إذا لم يخلف وفاء، ولم يؤد أكثر كتابته^(٣).

والفرق: أن السيد عاقد غير / معقود عليه، فإذا مات لم يبطل العقد بموته، [١/٩١]
كالولي في النكاح.

بخلاف المكاتب، فإنه عاقد ومعقود عليه، فإذا مات بطل العقد، كالزوج^(٤).

فصل

٨٠٣ - إذا أدى^(٥) حر عن المكاتب مال الكتابة بغير إذنه لم يرجع عليه، ذكره

في المجرد.

ولو قضى ديناً عن حر بغير إذنه رجع عليه. في إحدى الروايتين.

والفرق: أن مال الكتابة غير لازم له، بدليل: أن له الامتناع من أدائه مع
القدرة، فلو قيل: يرجع عليه، للزومه ما لا يلزمه، فلم يرجع لذلك^(٦).

بخلاف الدين على الحر، فإنه لازم له، فإذا أداه عنه فطالبه به فهو كالغريم
الأول، وذلك يلزمه دفعه إليه، فكذا هذا^(٧).

(١) الكافي (١١٥/٣)، الشرح الكبير (٣٣٤/٤)، الإنصاف (٣٠٨/٨)، الإمتاع (٢٢٥/٣).

(٢) الكافي (٦٠٥/٢)، المغني (٤٥١/٩)، الشرح الكبير (٤٢٤/٦).

(٣) الكافي (١١٥/٣)، المغني (٧٥٠/٦)، الشرح الكبير (٣٣٤/٤).

(٤) المغني (٤٧٧/٩)، الشرح الكبير (٤٣٨/٦).

(٥) الكافي (١٥٠/٢)، الشرح الكبير (٢٦٥/٥)، الإنصاف (٧٨/١)، الإمتاع (٢١٥/٤).

(٦) انظر: المغني (٤٧٧/٩).

(٧) المغني (٤٧٨/٩)، الشرح الكبير (٤٣٩/٦)، الفروع (١١٩/٥).

فصل

٨٠٤ - إذا قال لعبده: إن أعطيتني مائة فأنت حر، فدفعها إليه عتق، وما فضل بيده لسيده^(١).

ولو فضل بيد المكاتب شيء، كان له دون سيده^(٢).

والفرق: أن المقلب في الكتابة المعاوضة، فكأنه اشترى نفسه، وكذلك يملك كسبه ونفقه، فيؤدي منه مال الكتابة، ويبقى الباقي ملكاً له.

بخلاف المعلق عتقه بصفة، فإن ما يملكه قبل وجودها ملك للسيد، فالفاضل بعد المائة يكون لسيده لما ذكرنا.

فصل

٨٠٥ - ذكر القاضي في المجرد: أنه إذا تزوج المكاتب بأمة لسيده، ثم اشتراها وأتت بولد، فقال السيد: أتت به قبل أن تشتريها فهو مملوكي. وقال المكاتب: بل أتت به بعد أن اشتريتها فهو مملوكي، واحتمل، ولا بينة، أخذ بقول المكاتب.

ولو اختلف السيد والمكاتب في ولدها، فقال: ولدته قبل كتابتك فهو مملوكي، ولم يدخل في الكتابة، فقالت: بل وجد بعدها فحكمه حكمي، فالقول قول السيد.

والفرق: أنهما في الأولى اختلفا في الملك، ويد المكاتب عليه، فكان القول قول من العين في يده.

بخلاف الثانية، فإن المكاتب تدعي في الولد تبعيته، والأصل عدم ذلك، فكان القول قول السيد.

فصل

٨٠٦ - إذا قتل السيد مكاتبه، لم يضمه.

ولو قطع طرفه، ضمه.

والفرق: أن بقتله تبطل الكتابة، فلو وجب الضمان لوجب للسيد على نفسه، لأنه عبده، ولا يجب للإنسان على نفسه شيء.

بخلاف الثانية، فإن الكتابة لم تبطل.

(١) المغني (٤٧٨/٩)، الشرح الكبير (٤٣٩/٦).

(٢) الشرح الكبير (٤٣٩/٦).

فصل

٨٠٧ - إذا كاتب أمة بشرط إدخال ولدها في الكتابة، ثم أعتقه عتق، وسقطت حصته من مال الكتابة.

ولو حدث لها ولد بعد عقد الكتابة من زوج أو زنا، ثم أعتقه السيد عتق، ولم يسقط شيء من مال الكتابة.

والفرق: أن عقد الكتابة تناوله في الأولى، فقد أخذ قسطاً من مال الكتابة، فإذا عتق سقط.

بخلاف الثانية، فإن عقد الكتابة لم يتناوله/، فلم يسقط بإزائه شيء. [٩١/ب]

فصل

٨٠٨ - إذا زوج عبده من أمته فأولدها، ثم كاتبهما جميعاً، وشرط دخول الولد في الكتابة، ثم قتل الولد، سقط قدر حصته من مال الكتابة عنهما.

ولو حدث لهما ولد بعد كتابتهما فقتل الولد، فقيمت له أمه تستعين بها في كتابتهما.

والفرق: أن الولد الموجود قبل الكتابة لحقه عقد الكتابة وحصل فيها بالاشتراط، وأبواه استويا في اشتراطه، فاستويا في قدر حصته من مال الكتابة.

بخلاف ما إذا حدث الولد بعد العقد فإنه لم يدخل فيه، وإنما لحق بحكم الولادة، والأم هي التي اختصت بالولادة، فاختصت بالبدل.

فصل

٨٠٩ - إذا كاتب اثنان عبدهما، فأدى إلى أحدهما، لم يعتق نصيبه من المكاتب.

ولو أبرأه من نصيبه، عتق نصيبه من المكاتب.

والفرق: أنه بالأداء إلى أحدهما قدر نصيبه لا يكون المؤدى إليه مستوفياً لحقه، لأن لشريكه مطالبته بنصف ما قبضه فلا يعتق، كما لو ادعى بعض حقه.

بخلاف الإبراء، فإنه يكون مستوفياً لجميع دينه، لأن شريكه لا يملك مطالبته بعد ذلك بشيء فلذلك عتق، فافترقا.

فصل

٨١٠ - إذا كاتب عبده على مال، ثم أعطاه كفيلاً، لم تصح الكفالة.

ولو أعتقه على مال، صح ذلك.
والفرق: أن مال الكتابة غير مستقر ولا لازم، فإن المكاتب يملك تعجيز نفسه، فلم تصح الكفالة.
بخلاف الثانية، فإن المال الذي أعتقه عليه دين صحيح مستقر يلزمه أدائه، فصحت الكفالة به، كسائر الديون.

فصل

٨١١ - إذا طاولت المكاتب سيدها على وطنها، لم يسقط مهرها. ذكره القاضي عن أبي بكر.
ولو طاولت الحرة أجنبياً على وطنها، فإنه يسقط مهرها.
وفرق: بأن وطء السيد صادم ملكاً، بدليل: أنه لا يجب الحد لشبهة الملك، فلا يكون زنا.
بخلاف الثانية، فإنه زنا، والنبي ﷺ: «نهى عن مهر البغي»، متفق عليه.

فصل

٨١٢ - إذا جنى عبد المكاتب خطأ أو عمداً، واختار المكاتب فداءه، وقلنا: يلزمه فداؤه بأرث الجناية بالغاً ما بلغ، فإنه يلزمه ما لم يجاوز أرشها قيمته. فإن جاوزها لم يجز أن يفديه بأكثر من قيمته، بل يسلمه للبيع.
ولو كان سيد الجاني حراً جاز ذلك.
والفرق: أن الفداء بزيادة على قيمته بذل للمال لغرض نفسه، لا لمصلحة ماله، والمكاتب ممنوع من ذلك، كسائر التبرعات.
بخلاف الحر، فإنه غير ممنوع من ذلك، فجاز له، كسائر التبرعات.

فصل

٨١٣ - إذا جنى عبد المكاتب جناية تتعلق برقبته وهو أجنبي منه، فله فداؤه بأقل الأمرين: من قيمته، أو أرش الجناية^(١).
ولو كان ذا رحم محرم، لم يفده.
قلت: بغير إذن سيده^(٢).

(١) انظر: المغني (٦٠٩/٩)، الشرح الكبير (٤٣/٣)، المبدع (٢٥٧/٤).

(٢) المغني (٣٧٨/٩)، الشرح الكبير (٣٦٦/٦)، الإمتاع (١٣٥/٣)، منتهى الإرادات (١٢٧/٢).

والفرق: أن فداء عبده الأجنبي مصلحة ملكه فجاز له ذلك، لأنه لا ضرر عليه فيه، فهو كالبيع والشراء.

بخلاف ما إذا كان ذا رحم منه، فإنه لا مصلحة لملكه في فدائه، لأنه إذا فداه لا يمكنه التصرف فيه فيؤدي ذلك إلى عجزه، فلم يجوز أن يفديه^(١).

/قلت: ذكر أبو محمد في المغني^(٢): أن التفرقة بينهما هي اختيار القاضي في [١/٩٢] المجرد، ونصر هو: أن لا فرق^(٣).

فصل

٨١٤ - تتعلق ديون المكاتب بذمته^(٤).

وديون العبد المأذون له برقبته^(٥).

والفرق: أن المكاتب في يد نفسه، فلم يحصل من سيده غرور لمعامله.

بخلاف المأذون له، فإن سيده غر معامله، فلذلك تعلقت برقبته.

قلت: وفي المكاتب رواية أخرى: أنها تتعلق بهما^(٦).

قال في المحرر: وهي أصح عندي.

فصل

٨١٥ - إذا جنى المكاتب على سيده جناية تعلق أرشها برقبته، ثم عتق بالأداء،

تحول أرشها إلى ذمته^(٧).

ولو أعتقه السيد ولا مال له، سقط الأرش^(٨).

والفرق: أن العتق في الأولى حصل باختيار المكاتب، فتلف المحل بغير

اختيار السيد، فلم يبطل الأرش.

بخلاف الثانية، فإن السيد بإعتاقه أ تلف محل الأرش فسقط^(٩).

(١) الهداية (٢٤٠/١)، المقنع (٥٠٠/٢)، الإرادات (١٣٧/٢).

(٢) الشرح الكبير (٤٠٥/٦)، شرح منتهى الإرادات (٦٦٨/٢)، مطالب أولي النهى (٧٣٥/٤).

(٣) الشرح الكبير (٣٦٦/٦)، شرح منتهى الإرادات (٦٥٥/٢).

(٤) الهداية (٢٤٤/١)، المقنع (٥١٠/٢)، المحرر (١٠/٢)، الفروع (١٢٠/٥).

(٥) المغني (٤٧٢/٤)، المحرر (٣٤٨/١)، الإنصاف (٣٤٧/٥).

(٦) الإنصاف (٤٧٤/٧)، حاشية المقنع (٥١٠/٢).

(٧) المغني (٤٧٥/٩)، الشرح الكبير (٤٣٨/٦)، المبدع (٣٥٦/٦)، كشاف القناع (٥٥١/٤).

(٨) انظر: (٤٧٦/٩)، الشرح الكبير (٤٣٧/٦).

(٩) انظر: المغني (٤٧٦/٩)، الشرح الكبير (٤٣٧/٦).

فصل

٨١٦ - إذا أبرأ السيد مكاتبه من مال الكتابة في مرض موته ولا مال له غير ذلك، عتق من المكاتب بقدر ثلث الأقل من قيمته، أو مال الكتابة. وإن كان له مال غيره، عتق منه مع ذلك بقدر ثلث المال^(١). ولو أبرأه من نصف مال الكتابة، والنصف يخرج من الثلث، لم يعتق منه شيء.

والفرق: أنه في الأولى وجدت صفة العتق، كما لو أدى جميع مال الكتابة، بدليل: أنه لو كان ذلك في صحة السيد عتق المكاتب، فهو كقوله: أنت حر، ولو قال له ذلك في مرض موته اعتبر من الثلث، فكذا هنا^(٢). بخلاف الثانية، فإنه لم توجد صفة العتق وهو الأداء، ولا ما يقوم مقامه وهو الإبراء، فلم يعتق.

فصل

٨١٧ - إذا أوصى بمال الكتابة لإنسان، عتق المكاتب بالدفع إليه، كما يعتق بالدفع إلى الوصي ليدفعه إليه. ولو وصى به لغير معين كالفقراء، لم يعتق إلا بالدفع إلى الوصي. والفرق: أنه بالتعيين تعين المستحق، فعتق بالدفع إليه، كالدفع إلى سيده، ولا اجتهد للوصي فيه. بخلاف الثانية، فإن للوصي الاجتهاد في أعيان المصروف إليهم، فلم يكن للمكاتب أن يفوت على الوصي اجتهاده، فربما أراد أن يعطي من لم يعطه المكاتب^(٣).

فصل

٨١٨ - إذا كاتب عبده لم يكن له الفسخ إذا كان قادراً على الأداء^(٤). وللمكاتب تعجيز نفسه مع القدرة على الكسب^(٥).

(١) المغني (٩/٤٨٣)، الشرح الكبير (٦/٤٦٠)، كشف القناع (٤/٥٤٠).

(٢) المغني (٩/٤٨٤)، الشرح الكبير (٦/٤٦٠).

(٣) المغني (٩/٤٣٩)، الشرح الكبير (٦/٤٤٣)، كشف القناع (٤/٥٨٧).

(٤) الكافي (٢/٥٩٩)، المحرر (٢/٨)، الإمتاع (٣/١٥١)، منتهى الإرادات (٢/١٤٣).

(٥) المحرر (٢/٨)، الفروع (٦/١٢٣)، الإمتاع (٣/١٥٢)، منتهى الإرادات (٢/١٤٤).

والفرق: أن عقد الكتابة حق للعبد فهو بالخيار: بين استيفاء حقه، وتركه.
بخلاف السيد، فإنه لا حق له، فلا يملك الفسخ^(١).

فصل

٨١٩ - إذا استولد المكاتب أمته، فولده مملوك له^(٢).
ولو استولد الحر أمته، فولده حر^(٣).
والفرق: أن ملك المكاتب غير تام، فولده كولد العبد المأذون له في التسري.
بخلاف الحر، فإن ملكه تام^(٤)، والله أعلم.

باب أحكام أمهات الأولاد

فصل

٨٢٠ - لا تصير الأمة أم ولد بعلوقها بمملوك، إلا أمة المكاتب إذا علقت منه^(٥).

والفرق: أن ولدها منه ليس عبداً منه على الإطلاق، والسيد ممنوع من التصرف
لسبب الحرية، فثبت لأمه بهذا حرمة صارت بها أم ولد، وهذا المعنى / غير موجود [٩٢/ب]
في غير المكاتب.

فصل

٨٢١ - إذا ولدت الأمة المشتركة منهما، فألحقت القافة ولدها بهما، ثم مات
أحدهما، عتق نصفها، ولم يعتق باقيها إلا بموت الآخر، أو إعتاقه^(٦).
ولو ولدت من كل منهما ولداً، وعلم السابق ثم جهل، أو جهل ابتداء، لم
تعتق إلا بموتهما جميعاً^(٧).
والفرق: أنها في الأولى أم ولد لكل منهما بقدر حصته منها، فيعتق بموت كل

(١) المغني (٤٦٩/٩)، الشرح الكبير (٤٤٦).

(٢) الهداية (٢٤٣/١)، المغني (٤٤٢/٩)، الشرح الكبير (٤١٤/٦).

(٣) الهداية (٢٤٥/١)، الكافي (٦٢٣/٢)، المحرر (١١/٢)، الإقناع (١٥٤/٣).

(٤) المغني (٤٤٢/٩)، الشرح الكبير (٤١٤/٦).

(٥) انظر: المغني (٥٣٩/٩)، الكافي (٦٢٣/٢)، الشرح الكبير (٤٦٩/٦)، كشف القناع (٥٦٧/٤).

(٦) انظر: المقنع (٥٠٧/٢)، الإمتاع (١٤٩/٣)، متهى الإرادات (١٤١/٢).

(٧) المغني (٤٥٩/٩)، الشرح الكبير (٤٢٩/٦) - (٤٣٠).

منهما نصيبه، ويعتق نصيب الآخر بموته^(١).

بخلاف الثانية، فإن كلها أم ولد لواحد منهما خاصة لا بعينه، فلا يتحقق عتقها إلا بموتهما^(٢).

فصل

٨٢٢ - إذا أوصى لأم ولده وقيمتها ثلث ماله، بشيء قيمته ثلث ماله ملكته بعد موته.

ولو أوصى لمدبرته وقيمتها ثلث ماله، بشيء قيمته ثلث ماله، لم تستحق شيئاً منه حتى يجيز الورثة.

والفرق: أن أم الولد تعتق من رأس المال، فإذا وصى لها بمقدار الثلث صحت الوصية، وملكته بعد موته، كالحرة الأجنبية.

بخلاف المدبرة، فإنها تعتق من الثلث، لأن التدبير وصية، فإذا لم يخرج هو وبقية الوصايا من الثلث قدم العتق ها هنا، لأن الوصية لا تصح إلا بصحته ولو احتمل المدبرة ووصيتها ملكته، كأم الولد^(٣).

فصل

٨٢٣ - إذا جنت أم الولد فداها سيدها بأقل الأمرين: من قيمتها، أو أرش الجناية، ولا يلزمه غير ذلك. رواية واحدة.

قلت: بل فيها رواية أخرى: أنه يلزمه فداؤها بالأرشفة كله، ذكرها غير واحد. وثالثة: يلزمه الفداء بقيمتها بالغاً ما بلغت. ذكرها أبو بكر وغيره^(٤).

ولو جنت القن فداها بأرشفة الجناية بالغاً ما بلغ. في إحدى الروايتين^(٥).

والفرق: أن أم الولد لا يمكنه تسليمها للبيع، فلذلك لم يلزمه أكثر من قيمتها.

بخلاف القن، فإنه يمكنه تسليمها للبيع، فربما رغب راغب فزاد في ثمنها ما يبلغ أرشفة الجناية، فلذلك لزمه أرشفة الجناية بالغاً ما بلغ إن لم يسلمها للبيع^(٦).

(١) انظر: المبدع (٣٥٣/٦)، كشف القناع (٥٥٥/٤)، مطالب أولي النهى (٤٧/٤).

(٢) المغني (٤٥٩/٩)، الشرح الكبير (٤٣٠/٦).

(٣) المغني (٥٤٦/٩)، المبدع (٣٣-٣٤)، كشف القناع (٣٥٤-٣٥٥)، مطالب أولي النهى (٤٦٧-٤٦٨).

(٤) الهداية (٢٤٥/١)، الكافي (٦٢٦/٢)، المحرر (١٢/٢)، الفروع (١٣٢/٥).

(٥) الكافي (١٥٠/٢)، الشرح الكبير (٢٦٤-٢٦٥)، الإنصاف (٧٨-٧٩)، الإمتاع (٤/٢١٥)، الروض المربع (٣٤٠/٢).

(٦) المغني (٥٤٦-٥٤٧)، الشرح الكبير (٤٧٧-٤٧٨)، المبدع (٣٧٤/٦).

فصل

٨٢٤ - إذا قتلت أم الولد سيدها، عتقت^(١).

ولو قتلت المدبرة سيدها، لم تعتق^(٢).

والفرق: أن أم الولد استقر سبب حريتها حال حياة السيد، بحيث لا يمكن السيد فسخه بحال، فلذلك عتقت بموت سيدها، سواء مات حتف أنفه، أو مقتولاً بفعلها، أو بفعل غيرها.

بخلاف المدبرة، فإن سبب حريتها غير مستقر حال حياة سيدها، بدليل: أنه يمكن سيدها فسخه، فقد تعجلت العتق بقتله، فعاقبها الشرع بنقيض قصدها، كقاتل موروثه^(٣).

فصل

٨٢٥ - إذا أعتق أم ولده ولها أولاد من زوج أو زنا ولدتهم بعد الاستيلاد عتقت، ولم يعتق أولادها، إلا بموت السيد أو عتقه.

ولو أعتق مكاتبته ولها أولاد قد ولدتهم في كتابتها، عتقوا بعقدها^(٤).

والفرق: أن أولاد المكاتبية يتبعون الأم ويعتقون بعقدها، وعقدها يحصل ببراءتها كما يحصل بأدائها، وقد برئت بإعتاقها فوجب أن يعتقوا بعقدها، يوضحه: أنهم يرقون برقها.

بخلاف أولاد أم الولد، لأنهم بمنزلتها لا على وجه التبعية، ألا ترى: أنه لو فات عتقها بموتها رقيقة قبل موت سيدها لم يرق أولادها، وداموا على حكم أم الولد فيعتقون بموت سيدهم، فليس عتق أولادها بموتها ولا عتقها، وإنما عتقهم بسبب عتقها وهو موت السيد، وإذا كان كذلك لم يعتقوا بموتها، بل بموته^(٥)، فافترقا.

والحمد لله وحده

تم الكتاب

(١) المقنع (٥١٩/٢)، المحرر (١٢/٢)، الفروع (١٣٢/٥)، منتهى الإرادات (١٤٩/٢).

(٢) المقنع (٤٩٨/٢)، الكافي (٥٩٦/٢)، الإمتاع (١٤٣/٣)، الإرادات (١٣٦/٢).

(٣) المغني (٤٠٨/٩)، الشرح الكبير (٣٩٦/٦)، كشف القناع (٥٣٨/٤).

(٤) المغني (٤٨٨/٩)، الشرح الكبير (٤١٩/٦)، الإنصاف (٤٦٤/٧)، كشف (٥٤٩/٤).

(٥) انظر: المغني (٥٤٣/٩)، الشرح الكبير (٤٧٧/٦)، المبدع (٣٧٣/٦)، كشف القناع (٥٤٩/٤).

فهرس المحتويات

٣ المقدمة
٤ وصف النسخة الخطية
١١ كتاب المياه
٢٨ كتاب الصلاة
٣٦ كتاب الزكاة
٤٧ كتاب الصيام
٥٦ باب الاعتكاف
٥٧ كتاب الحج
٧٠ كتاب البيع
٩٥ كتاب الرهن
١٠١ كتاب الحجر
١٠٤ كتاب الصلح
١٠٦ كتاب الكفالة والضمان والحوالة
١١٠ كتاب الوكالة
١١٥ كتاب الشركة
١٢٠ كتاب الإقرار
١٣١ كتاب العارية
١٣٤ باب الغصب
١٤٢ باب الشفعة
١٤٥ كتاب المساقاة
١٤٨ كتاب الإجارة
١٥٣ كتاب الوقف
١٥٦ باب الهبة
١٥٩ كتاب اللقطة
١٦٤ باب إحياء الموات
١٦٦ باب الرديعة

١٦٨	كتاب الوصايا
١٨١	كتاب النكاح
١٩٧	باب الصداق
٢٠٧	كتاب الخلع
٢٠٩	كتاب الطلاق
٢٣٦	كتاب الرجعة
٢٣٩	كتاب الإيلاء
٢٤١	كتاب الظهار
٢٤٨	كتاب القذف
٢٥٢	كتاب العدد
٢٥٦	كتاب الرضاع
٢٥٩	كتاب النفقات
٢٦٥	كتاب الجنائيات
٢٨١	باب قتل أهل البغي
٢٨٢	كتاب الحدود
٢٩٠	كتاب الجهاد
٢٩٩	كتاب الصيد والذبائح
٣٠٣	كتاب الأيمان
٣١٥	كتاب النذر
٣١٧	كتاب الأقضية
٣٢٤	باب الدعاوى
٣٢٧	كتاب الشهادات
٣٤٠	كتاب العتق
٣٤٥	كتاب التدبير
٣٤٨	باب الكتابة
٣٥٥	باب أحكام أمهات الأولاد

